رَوْضَةُ الطَّالِبِين

لِلإمامِ أبي زكريَّا يحيى بن شرفٍ النَّوويِّ الدِّمشقيِّ
المتوفَّى سنة ٦٧٦

وَمَعَهُ

المنهاج السَّويّ في ترجمة الإمام النَّوويّ

و

مُنتقى اليَنبوع
فيما زاد على الرَّوضة من الفروع

للحافظ جلال الدِّين السَّيوطي

تحقيق

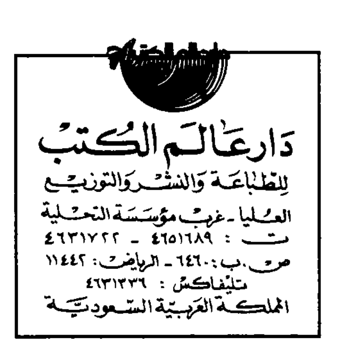
الشيخ عادل أحمد عبد الموجود	الشيخ علي محمَّد معوض

الجزء الخامس

دار عالم الكتب
للطباعة والنشر والتوزيع

حقوق الطبع محفوظة

طبعة خاصة
١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م



طبعت هذه الطبعة بموافقة خاصة من
دار الكتب العلمية
رمل الظريف، شارع البحتري، بناية ملكارت - هاتف وفاكس: ٣٦٤٣٩٨ - ٣٦٦١٣٥ - ٣٧٨٥٤٢ (١ ٩٦١)
صندوق بريد : ٩٤٢٤-١١ بيروت - لبنان

كتاب الفرائض[1]

الباب الأول في بيان أسباب التوريث والورثة وقدر استحقاقهم

فيه عشرة أبواب .

الأول[2] : في بيان أسباب التوريث والورثة وقدر استحقاقهم ، وتقدَّم عليه أن يُبدأ من تركة الميت بمؤنة تجهيزه بالمعروف ما لم يتعلق به حق غيره . فإن تعلق ، كالمرهون ، وما يتعلق به زكاة ، والعبد الجاني ، والمبيع إذا مات المشتري مفلساً ، قدِّم حق الغير[3] ، ثم تُقضى ديونه من تركته ، وللورثة إمساك ما تركه ، وغرامة ما

---

(١) جمع فريضة بمعنى مفروضة أي مقدرة لما فيها من السهام المقدرة فغلبت على غيرها ، والفرض يطلق في اللغة على التقدير . قال الله تعالى : ﴿ **فنصف ما فرضتم** ﴾ أي قدرتم .
وشرعاً : نصيب مقدر شرعاً للوارث . (**الإقناع بحاشية البيجرمي ٣/٢٥٧**) .
والأصل فيه من الكتاب قوله تعالى : ﴿ **يوصيكم في الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين** ﴾ ومن السنة قوله ﷺ : « تعلموا الفرائض وعلموه الناس فإنه نصف العلم وأول شيء ينزع من أمتي » وقد كان التوارث في الجاهلية وصدر الإسلام بالحلف والنصرة لقوله تعالى : ﴿ **والذين عاقدت أيمانكم فأتوهم نصيبهم** ﴾ .
وروي عن سعيد بن جبير رضي الله عنه أنه قال : كان يعاقد الرجل فيرثه ، وفعل ذلك أبو بكر رضي الله عنه . ثم نسخ ذلك ، صار التوارث بالإسلام والهجرة . فكان من مات مسلماً مهاجراً ورثه المسلمون المهاجرون دون أقاربه من المسلمين الذين لم يهاجروا لقوله تعالى : ﴿ **والذين آمنوا وهاجروا وجاهدوا بأموالهم وأنفسهم في سبيل الله والذين أوذوا ونصروا أولئك بعضهم أولياء بعض والذين لم يهاجروا ما لكم من ولايتهم من شيء حتى يهاجروا** ﴾ .
ثم نسخ ذلك وصار كما سنقف عليه من كلام المصنف رحمه الله .

(٢) في « ط » الباب الأول .

(٣) المراد بمؤنة التجهيز تكفينه وحنوطه ومؤنة دفنه كما صرح به ابن سراقة في التلقين . قال : ويكون على حسب ما يتعارف مثله في مثل حاله وقدر ماله ، ويبرأ أيضاً بمؤنة من عليه تجهيزه إذا مات في حياته كما

. . . .

= نقله الشيخ في باب التفليس من زوائده عن الشافعي والأصحاب .
ويستثنى من إطلاق الشيخ هنا المرأة إذا كان لها زوج موسر ، فإن كفنها على الزوج ومؤنة التجهيز وإن كانت موسرة على الأصح إلا أن تموت وهي ناشزة .

وقول الشيخ زكاة من زيادة له على أصله لكن ذكرها الرافعي في باب الكفن وقد استحسن الشيخ السبكي حذفها وقال لأنه إذا كان النصاب باقياً فالأصح أنه تعلق شركة فلا يكون تركة فليس مما نحن فيه ، وإن قلنا تعلق جناية أو رهن فقد ذكرا وإن علقناها بالذمة فقط أو كان النصاب تالفاً ، فإن قدمنا دين الآدمي أو سوينا فلا استثناء ، وإن قدمنا فيقدم على دين الآدمي لا على التجهيز فظهر أنه لا استثناء .
قال في الخادم : المراد الأول وهو حالة نقاء النصاب كما صرح به في التهذيب والكافي في باب الجنائز .

ولا نسلم أنه ليس له تركة بل هو تركة ، وإن قلنا تعلق شركة إذ ليست شركة حقيقية بدليل أنه يجوز للوارث إخراج الزكاة من غيره كما يجوز له إمساكه التركة وقضاء الدين من ماله .
وإن قلنا : إن الدين يتعلق بالتركة تعلق شركة إلى آخر ما ذكره ، وهو تقرير حسن ، وزاد على ما ذكره الشيخ صوراً .

أحدها : الربح في القراض إذا مات المالك قبل أن يقسم الربح ، وقلنا بالمذهب إن العامل لا يملك حصته إلا بالقسمة .

ثانيها : الدار التي أسكنها المعتدة بغير الأشهر ، وهي المعتدة عن الوفاة فإنها تستحق السكنى فيها إلى انقضاء العدة على المذهب ، ولا يصح بيع رقبة الدار للجهل بالمدة فيكون حقها متعلقاً بعينها مدة العدة ، ومقتضى ذلك تقديم حقها على مؤن التجهيز .

ثالثها : إذا أدى المكاتب النجوم إلى السيد ثم مات السيد قبل الإيفاء ، فقد ذكر الرافعي أنه يأخذ الواجب منه ولا يزاحم أصحاب الديون لأن حقه في عينه .
رابعها : اللقطة إذا ظهر مالكها بعد التملك فله أخذها على الأصح ، ويقدم بها على سائر الحقوق .
خامسها : اطلع المشتري على عيب في المبيع وقد ايس من الرد بغير تقصير منه كأن أعتقه مثلاً فإنه يثبت الإرث وهو جزء من الثمن فإن كان باقياً فالصحيح أن حقه متعلق بعينه وليس للبائع دفع الأرش من غيره ، فلو مات قبل أخذ الأرش فقياس تعلق حقه بعينه أن يقدم بقدر الأرش على سائر الحقوق .
سادسها : البيع بعد التحالف إذا فرعنا على الأصح أنه لا ينفسخ بنفس التحالف فللبائع أن يفسخ ويقدم بالمبيع على سائر الحقوق لتعلق حقه بعينه .
سابعها : أصدقها عيناً وأقبضها ثم حصل فراق قبل الدخول إما بسببها أو بسببه ثم ماتت والعين باقية لكنها نقصت في يدها فإنه والحالة هذه يخير بين أن يرجع فيها أو في نصفها ويقدم بالعين على سائر الحقوق لتعلق حقه بعينها وبين أن يرجع إلى البدل .
ثامنها : إذا مات المقترض بعد قبضه وهو باق في يده ، وفرعنا على المذهب أنه يملك بالقبض لا بالتصرف وأن له الرجوع في عينه ما دام باقياً بحاله .
قال الزركشي : فينبغي أن يجوز له الرجوع ويقدم كسائر الحقوق المتعلقة بالأعيان .

عليه من مالهم كما سبق في كتاب الرهن ، ثم تنفَّذ وصاياه من ثلث الباقي ، ثم يقسم الباقي بين الورثة على فرائض الله تعالى .

فصل : أسباب التوريث أربعة : قرابة ، ونكاح ، وولاء ، وجهة الإسلام[1] . والمراد بجهة الإسلام : أن من مات ولم يخلّف وارثاً بالأسباب الثلاثة ، وفضل عنه شيء ، كان ماله لبيت المال ، يرثه المسلمون بالعصوبة ، كما يحملون ديته . هذا هو الصحيح المشهور . وفي وجه : أنه يوضع في بيت المال على سبيل المصلحة ، لا إرثاً ، لأنه لا يخلو عن ابن عم بعيد ، فألحق ذلك بالمال الضائع الذي لا يرجى ظهور مالكه . وحكى ابن اللبان والروياني هذا قولاً .

قال المتولي : فإن جعلناه إرثاً ، لم يجز صرفه إلى المكاتَبين والكفار . وفي جواز صرفه إلى القاتل وجهان . وجه الجواز : أن تهمة الاستعجال لا تتحقق هنا ، لأنه لا يتعين مصرفاً لماله .

قلت : الأصح أو الصحيح : المنع . والله أعلم .

وفي جواز صرفه إلى مَن أوصى له بشيء ، وجهان . أحدهما : لا ، لئلا يجمع بين الوصية والإرث ، ويخيَّر بينهما . والثاني : يجوز .

---

(١) قال في الخادم في الولاء ان المعتق يرث العتيق ولا عكس والأولان يورث بهما من الطرفين . قال : ويرد على ذلك لو قال هذه زوجتي فسكتت ، فإن مات ورثته وإن ماتت هي لم يرثها بمجرد ذلك . نقلوه عن نص الشافعي في الإملاء قال : وأما القرابة فيورث بها من الطرفين إلا في صور :

أحدها : أولاد الأخ يرثون العمة ولا ترثهم .

ثانيها : ابن العم يرث بنت العم ولا ترثه .

ثالثها : العم يرث بنت الأخ ولا ترثه .

رابعها : الجدة ترث ولد بنتها ولا يرثها .

خامسها : جرح مورثه لم يرثه ، ولو مات أولاً ورثه المجروح .

وأما كون الولاء لا يورث به إلا من أحد الطرفين يرد عليه صورتان :

إحداهما : إذا أعتق الذمي ذمياً ثم التحق المعتق بدار الحرب فاسترقه عتيقه وأعتقه فكل منهما عتيق للآخر ومعتقه فيثبت لكل واحد منهما الولاء على الآخر بالمباشرة .

الثانية : إذا أعتق شخص عبداً فاشترى العتيق أب معتقه وأعتقه ثبت لكل منهما الولاء على الآخر للسيد بالمباشرة وللعتيق بالسراية .

قلت : الأصح : الجواز . والله أعلم .

ولا خلاف أنه يجوز تخصيص طائفة من المسلمين ، ويجوز صرفه إلى مَن وُلد بعد موته ، أو كان كافراً فأسلم بعد موته ، أو رقيقاً فعتق(١) .

قلت : قد ضم صاحب « التلخيص » إلى هذه الأسباب الأربعة سبباً خامساً ، وهو سبب النكاح ، وهو غير النكاح ، وذلك في المبتوتة في مرض الموت إذا قلنا بالقديم : إنها ترث(٢) . والله أعلم .

فصل في بيان المجمع على توريثهم : الرجال الوارثون خمسة عشر : الابن ، وابن الابن وإن سفل ، والأب ، والجد للأب وإن علا ، والأخ للأبوين ، والأخ للأب ، والأخ للأم ، وابن الأخ للأبوين وابن الأخ للأب ، والعم للأبوين ، والعم للأب ، وابن العم للأبوين ، وابن العم للأب ، والزوج ، والمعتق .

والنساء الوارثات عشر : البنت ، وبنت الابن وإن سفل ، والأم ، والجدة للأب ، والجدة للأم ـ وإن علتا ـ والأخت للأبوين ، والأخت للأب ، والأخت للأم ، والزوجة ، والمعتِقة . والمراد بالمعتِق والمعتِقة ، مَن أعتق ، أو عصبة أدلى بمعتق . ويدخل في لفظ العم ، عم الميت ، وعم أبيه ، وعم جده إلى حيث ينتهي ، وكذلك حيث أطلقنا لفظ العم في الورثة ، بخلاف الأخ ، فإن المراد به أخو الميت فقط .

---

(١) قال الشيخ البلقيني : قوله « ويجوز صرفه إلى من ولد بعد موته إلى آخره عطفاً على ما لا خلاف فيه وكذلك يقتضيه كلام الرافعي في الشرح . وكل ذلك مخالف لما ذكره الروياني في البحر عن الأصحاب حيث قال : فرع إذا صرف المال إلى المسلمين ميراثاً يرثه من كان موجوداً عند وفاته دون من يولد بعد وفاته يصرفه الإمام إلى الموجودين على ما يراه من المصلحة ويكون الذكر والأنثى فيه سواء لأنهما تساويا في جهة الاستحقاق وهي الموالاة في الدين كما قلنا في أولاد الأم الذكر منهم والأنثى في الارث سواء لأنهما في جهة الاستحقاق وهي الرحم سواء . ذكره أصحابنا .

(٢) ويوافقه قول الجرجاني في التحرير « ولا يورث على الخصوص بغير رحم ولا نكاح ولا ولاء ولا المبتوتة في مرض الموت إذا قلنا بالقديم أنها ترث مطلقاً ثم هذا ليس بقديم فقد قال الماوردي : إنه نص على القولين في الرجعة والعدد من الاملاء ، وكذا نقلهما القاضي أبو الطيب عن الجديد .
قلت ، وينبغي أن يضم إليها الرحم عند عدم بيت المال على ما سيأتي قياساً على جعل الاسلام سبباً عند فقد العصبة الخاصة . (قاله في الخادم) .

فرع : إذا اجتمع الرجال الوارثون ، ورث منهم الابن ، والأب ، والزوج فقط . وإذا اجتمع النساء ، فالبنت ، وبنت الابن ، والأم ، والزوجة ، والأخت للأبوين . وإذا اجتمع الصنفان غير أحد الزوجين ، ورث خمسة : الأبوان ، والابن ، والبنت ، وأحد الزوجين[١] . ومن انفرد من الرجال ، حاز كل التركة ، إلا الزوج والأخ للأم . ومن قال بالرد ، لا يستثني إلا الزوج . ومن انفردت من النساء ، لم تحزها إلا المعتقة . ومَن قال بالرد ، يثبت لكلِّهن الحِيَازَة إلا الزوجة .

قلت : وليس في الورثة ذَكَر يُدْلي بأنثى فيرث ، إلا الأخ للأم ، وليس فيهم مَن يرث مع من يدلي به إلا أولاد الأم[٢] . قال صاحب « التلخيص » والقفال وغيرهما : ليس لنا من يورث ولا يرث ، إلا الجنين في غرَّته ، والمعتق بعضه على الأظهر : أنه يورث . والله أعلم .

فصل [في][٣] ذوي الأرحام : هم كل قريب يخرج عن المذكورين في الفصل السابق . وإن شئت قلت : كل قريب ليس بذي فرض ولا عصبة . وأما تفصيلهم ، فهم عشرة أصناف : أبو الأم ، وكل جد وجدة ساقطين ، وأولاد البنات ،

---

(١) فيه أمران :
أحدهما : إنه مخالف لعبارة الرافعي فإنه قال : وإذا اجتمع من يمكن اجتماعه من الصنفين ورث الأبوان والابن والبنت ومن يوجد من الزوجين . وقد يقال إن عبارة الروضة أحسن لإمكان اجتماع الكل لا الزوجين فلا يوجد إلا أحدهما لكن يحجب بعضهم بعضاً إلا الخمسة فلا يحجب وقد يجتمع جد وجدة وابن ابن وبنت ابن وأحد الزوجين وليس معهم حاجب فيرثون .
الثاني : ما جزموا به عدم تصور اجتماع الزوجين ممنوع بل يتصور في صورتين : إحداهما : في الخنثى وهي ما إذا أقام رجل بينته على بنت ملفوف في كفن أنها امرأته وهؤلاء أولاده منها وأقامت امرأة بينة أنه زوجها وهؤلاء أولاده منها فكشف عنه ، فإذا هو خنثى له الاثنان ففي طبقات العبادي وأدب القضاء للهروي عن الشافعي أنه قال : يقسم المال بينهما .
الثانية : لو أقاما بينتين على غائب لم يظهر حاله فينبغي أن يجري فيه ذلك لو أقاما بينتين بعد الوصية .

(٢) وهذا زاده مرة ثانية في مسائل الأخوات بزيادة ثلاث خصائص اخر ، وحكى القاضي أبو الطيب عن بعض أصحابنا طرد القاعدة وقال : إنما ورث ولد الام لأنه ارتكض مع الولد في رحم واحد لا لأولاد بالأم وهو حد من هذا .
قاعدة أخرى من باب أولى وهي كل أنثى أدلت بأنثى لا ترث من باب أولى . ويستثنى منها صورتان الأم والأخت من الأم .

(٣) سقط في الأصل والمثبت من ط .

وبنات الاخوة ، وأولاد الأخوات ، وبنو الاخوة للأم ، والعم للأم ، وبنات الأعمام ، والعماتُ ، والأخوال ، والخالات .

ومنهم مَن يعدُّهم أحد عشر ، ويفصل الجد عن الجدة . ومنهم من يزيد على ذلك ، والمقصود لا يختلف ، فهؤلاء لا يرثون بالرَّحم شيئاً على الصحيح . وقال المزني وابن سريج : إن لم يخلّف الميت إلا ذا فرض لا يستغرق ، رُدَّ الباقي عليه ، إلا الزوج والزوجة ، فلا رد عليهما . فإن لم يخلف ذا فرض ولا عصبة ، ورث ذوو الأرحام .

وقولنا : إن الصحيح أنهم لا يرثون ولا يُرَدّ ، هو فيما إذا استقام أمر بيت المال ، بأن ولي إمام عادل . أما إذا لم يكن إمام ، أو لم يكن مستجمعاً لشروط الإمامة ، ففي مال من لا عصبة له ولا ذا فرض مستغرق وجهان . أصحهما عند أبي حامد وصاحب « المهذب » : لا يصرف إلى الرد ، ولا إلى ذوي الأرحام ، لأنه للمسلمين ، فلا يسقط بفوات نائبهم . والثاني : أنه يُرَدّ ويصرف إلى ذوي الأرحام ، لأن المال مصروف إليهم أو إلى بيت المال بالإجماع . فإذا تعذر أحدهما ، تعين الآخر ، وهذا اختيار ابن كج ، وبه أفتى أكابر المتأخرين .

قلت : هذا الثاني ، هو الأصح أو الصحيح عند محققي أصحابنا ، وممن صححه وأفتى به الإمام أبو الحسن بن سُراقة[1] من كبار أصحابنا ومتقدِّميهم ، وهو أحد أعلامهم في الفرائض والفقه وغيرهما ، ثم صاحب « الحاوي » ، والقاضي حسين ، والمتولي ، والخَبْري[2] - بفتح الخاء المعجمة وإسكان الباء الموحدة - وآخرون ، قال ابن سُراقة : وهو قول عامة مشايخنا . قال : وعليه الفتوى اليوم في

---

(١) هو أبو الحسن محمد بن يحيى بن سُراقة بضم السين المهملة وتخفيف الزاء - العامري البصري صاحب التصانيف في الفقه والفرائض وعلم الحديث . لزم الدارقطني مدة لأجله . من تصانيفه كتاب « الشهادات » وكتابه في « الأعداد » . (سير أعلام النبلاء ٢٨١/١٧) ، طبقات الشافعية للإسنوي ٣٢٠/١) .

(٢) هو عبد الله بن إبراهيم ، أبو حكيم الخبري الفرضي تفقه على الشيخ أبي إسحاق الشيرازي وبرع في الفرائض والحساب وله فيهما مصنفات حسنة . وتلاميذه كثيرة ، وكان يعرف العربية أيضاً ، وكان ديناً فرضي الطريقة . توفي سنة ست وسبعين وأربعمائة . (شذرات الذهب ٢٥٣/٢) ، (الأعلام ١٨٧/٤) .

الأمصار ، ونقله صاحب « الحاوي » عن مذهب الشافعي رضي الله عنه ، قال : وغلط الشيخ أبو حامد في مخالفته ، قال : وإنما مذهب الشافعي منعهم إذا استقام بيت المال . والله أعلم .

فإن قلنا : لا يصرف إليهم ولا يردُّ ، فإن كان في يد أمين ، نظر ، إن كان في البلد قاضٍ بشروط القضاء مأذون له في التصرف في مال المصالح ، دفع إليه ليصرفه فيها . وإن لم يكن قاضٍ بشرطه ، صرفه الأمين بنفسه إلى المصالح ، وإن كان قاضٍ بشرطه غير مأذون له في التصرف في مال المصالح ، فهل يدفعه إليه ، أم يفرّقه الأمين بنفسه ، أم يوقف إلى أن يظهر بيت المال ومَن يقوم بشرطه ؟ فيه ثلاثة أوجه[1] .

قلت : الثالث ، ضعيف ، والأولان حسنان . وأصحهما : الأول . ولو قيل : يتخيَّر بينهما ، لكان حسناً ، بل هو عنده أرجح . والله أعلم .

وعلى الثاني ، وقوف مساجد القرى ، يصرفها صلحاء القرية في عمارة المسجد ومصالحه . أما إذا لم يكن في يد أمين ، فيدفع إليه ليفرِّقه . وإذا قلنا بالصرف إلى ذوي الأرحام ، فوجهان . أحدهما نقله ابن كج : أنه يصرف إلى الفقراء منهم ، يقدَّم الأحوج فالأحوج . والصحيح الذي عليه الجمهور : يصرف إلى جميعهم . وهل هو إرث ، أم شيء مصلحي ؟ فيه وجهان . أشبههما بأصل المذهب : أنه على سبيل المصلحة ، واختاره الروياني ، قال : ويصرف إليهم إن كانوا محتاجين ، أو إلى غيره من أنواع المصالح . فإن خيف على رأس المال من حاكم الزمان ، صرف إلى الأصلح بقول مفتي البلدة .

قلت : الصحيح الذي عليه جمهور من قال من أصحابنا بتوريث ذوي الأرحام : إنه يصرف إلى جميعهم على سبيل الميراث ، على تفصيل يأتي إن شاء الله تعالى في الباب الثامن في كيفية توريثهم والردِّ . والله أعلم .

---

(1) ولم يحك الرافعي إلا وجهين ، ووجه التوقف إنما ذكره بعد ذكر الحالة الأخرى وهي ما إذا لم يكن الذي بيده المال أميناً ، فيحتمل أن يكون مراد الرافعي به أن القاضي يتوقف في هذه الحالة أو أن الأمير والقاضي يتوقفان في الحالين .

فصل في بيان ما يستحقه كل وارث من المجمع عليهم : ونقدِّم عليه أن مَن له سهم مقدَّر في الكتاب أو السُّنَّة ، فهو صاحب فرض . ومن ورث بالإجماع ولا فرض له ، فهو عصبة . وقولنا : بالإجماع ، احتراز من ذوي الأرحام ، فإن من ورَّثهم لا يسميهم عصبة . وأصحاب الفروض قسمان . منهم من لا يرث إلا بالفرضية ، وهم : الزوجان ، والأم ، والجدة ، وولد الأم . ومنهم من يرث بالتعصيب أيضاً . ثم من هؤلاء مَن لا يجمع الجهتين دفعة ، بل يرث إما بهذه ، وإما بهذه ، وهم البنات ، وبنات الابن ، والأخوات للأبوين ، والأخوات للأب . ومنهم من يرث بهما جمعاً وانفراداً ، وهما : الأب ، والجد[١] .

أما العصبة فضربان :

عصبة بنفسه ، وهو كل ذَكَر يُدلي إلى الميت بغير واسطة ، أو بتوسط محض الذكور ، وهؤلاء يأخذ المنفرد منهم جميع المال والباقي بعد أصحاب الفروض ، وربما سقطوا .

قلت : هذا الذي قاله في حد العصبة ، غير مطرد ولا منعكس ، فإنه يقتضي دخول الزوج ـ فإن الغزالي وغيره عدُّوه ممن يدلي بنفسه ـ وخروج المعتقة ، فينبغي أن يقول : هو كل معتق وذَكَر نسيب يدلي إلى آخره[٢] . والله أعلم .

وعصبة بغيره ، وهم البنات ، وبنات الابن ، والأخوات للأبوين وللأب ، فيتعصَّبن بإخوتهن ، ويتعصَّب الأخوات من الجهتين بالبنات وبنات الابن[٣] .

---

(١) كلام الشيخ يشعر بالحصر وليس كذلك فالأخ الشقيق يشارك الأخوين من الأُم في الثلث كما ذكره الشيخ فيما بعد .

(٢) وقد أجاب في التنقيح عن الأول بأن المراد العصبة من جهة النسب فلا يدخل الزوج فإنه مما يدلي بنفسه فلو قيل بالنسب استقام ، وما اختاره من الضابط ناقص أيضاً فإنه لا يدخل فيه معتق العصبة والأحسن أن يقال كل ذي ولاء ذكر نسيب لا يدلي بمحض أُنثى .

(٣) ويلتحق به الأخوات مع الجد ، فإنه يعصبهم ويكون كالأخ كذا قالوا ، وفيه إشكال لأنه لا يخلو إما أن يكون مع الأُخت كالأخ الشقيق أو من الأب أو من الأُم أو أخ رابع ولا جائز أن يكون كالأخ الشقيق وإلا لحجب الأُخت من الأب ولا جائز أن يكون كالأخ من الأب وإلا لحجبته الأُخت الشقيقة ولا جائز أن يكون كالأخ من الأُم ، فإنه لا تعصب وليس لنا أخ رابع وقد يكون مرادهم بكونه كالأخ أي من جهة الأُخوة من غير نظر إلى أفرادها .

وقد يقال : العصبة ثلاثة . عصبة بنفسه ، وبغيره ، ومع غيره ، على الترتيب المذكور .

أما قدر المستحق ، فللزوج نصف المال إذا لم يكن للميتة ولد ولا ولد ابن ، وربعه إن كان لها ولد أو ولد ابن منه أو من غيره . وللزوجة الربع إذا لم يكن للميت ولد ولا ولد ابن ، والثمن إن كان له ولد أو ولد ابن منها أو من غيرها . والزوجات يشتركن في الربع والثمن بالإجماع .

فصل : وأما الأم ، فلها ثلاثة أحوال . حال ترث ثلث المال إذا لم يكن للميت ولد ولا ولد ابن ، ولا اثنان من الاخوة والأخوات ، وحال سدسه إذا لم يكن له ولد أو ولد ابن ، أو اثنان من الاخوة والأخوات من أي جهة كانوا ، وحال يكون معها زوج وأب ، أو زوجة وأب ، فلها ثلث ما يبقى على الصحيح المعروف في المذهب . وقال ابن اللبان : لها الثلث كاملاً .

فصل : وأما الجدة ، فترث أمُّ الأم ، وأمهاتُها المدليات بمحض الإناث ، وأم الأب وأمهاتها[1] كذلك ، وفي أم أب الأب ، وأم من فوقه من الأجداد وأمهاتهن قولان . المشهور : أنهن وارثات . والثاني : لا ، نقله أبو ثور . وأما الجدة المدلية بذَكَر بين انثيين ، كأم أب الأم ، فلا ترث ، بل هي من ذوي الأرحام كما سبق ، فحصل في ضبط الجدات الوارثات على المشهور عبارتان .

إحداهما : أن يقال : هي كل جدة أدلت بمحض إناث أو بمحض ذكور ، أو بمحض الإناث إلى محض الذكور .

الثانية : التي لا تدلي بمحض الوارثين غير وارثة ، والباقيات وارثات . وعلى منقول أبي ثور : لا ترث جدة تدلي بغير وارث ، ولا من وقع في آخر نسبها أبوان

---

(١) وقال الروياني في البحر : الجدة المطلقة هي أم الأم ، وأما أم الأب فهل هي جدة على الإطلاق أيضاً كأُم الأُم أم هي جدة بالتقييد على وجهين ، وعلى هذا اختلفوا فيمن يسأل عن ميراث جدة هل يسأل عن أي الجدتين أراد فقال : من جعلها جدة على الإطلاق لا يجاب حتى يسأل ، ومن جعلها جدة بالتقييد يجاب عن أُم الأُم حتى يذكر أنه أراد أُم الأب .
قال : والأصح أنه ينظر فإن كان ميراثها يختلف في الفريضة بوجود الأب الذي يحجب أُمه لم يجب حتى يسأل عن أي الجدين وإن كان ميراثهما لا يختلف أُجيب ولم يسأل .

فصاعداً ، وللجدة الواحدة السدس . وإن اجتمع جدتان فصاعداً وارثات ، اشتركن في السدس ، فلو أدلت إحداهما بجهتين ، كامرأة تزوج ابن بنتها بنت بنتها الأخرى ، فولد لهما ولد ، فهذه المرأة أم أم أبيه ، وأم أم أمه . فإذا مات الولد وخلَّف هذه ، وجدة أخرى هي أم أبي أبيه ،أو أدلت بثلاث جهات فأكثر ، بأن نكح الولد في المثال المذكور بنت بنت أخرى لتلك المرأة ، فولد لهما ، فالمرأة جدة للولد الثاني من ثلاثة أوجه ، فالصحيح : أن السدس بينهما سواء . والثاني : يوزَّع على الجهات ، قاله ابن سريج ، وابن حربَويْه[١] .

فرع في تنزيل الجدات : لك أم وأب ، وهما في الدرجة الأولى من أصولك ، ولأبيك أم وأب ، وكذلك لأمك ، فالأربعة هم الواقعون في الدرجة الثانية من درجات أصولك ، وهذه هي الدرجة الأولى من درجات الأجداد والجدات ، ثم أصولك في الدرجة الثالثة ثمانية ، لأن لكل واحد من الأربعة أباً وأماً ، وفي الدرجة الرابعة ستة عشر ، وفي الخامسة اثنان وثلاثون ، والنصف من الأصول في كل درجة ذكور ، والنصف إناث ، وهن الجدات ، ففي الدرجة الثانية من الأصول جدتان ،

---

(١) قال الشيخ البلقيني : تصوير ثلاث جهات أو أكثر مجيء الخلاف عندي أنه متعذر في الصورة التي ذكرها المصنف وليس هو في ذلك تابعاً لأصله وذلك لأن الولد إذا نكح في المثال المذكور بنت بنت أخرى فقد صارت العليا جدة من جهة الأمومة المتمحضة تدلي إليه بأنها أم أم أمه ومن جهة الأبوة بمحض الذكور أم أبي أبي أبيه ، ومن محض الاناث إلى محض الذكور أم أم أم أبيه ، وحينئذ فالجدة التي معها إن كانت مساوية للأولى من جهة الأبوة كأم أم أبي الأب فلا يرث شيئاً بلا خلاف لأن القربى من جهة الأم تحجب البعدى من جهة الأب قطعاً فانفردت الجدة أم أم الأم بالسدس ، وإن كانت الجدة التي تدلي بجهة واحدة تساوي الأولى في جهة الأم كما إذا كانت أم أم الأب فهي تحجب أم أم أم الأب ، وإذا حجبتها تعذر أن ترث معها ولا يتصور أن يستعمل ترجيحاً كما في ابني العم أحدهما أخ لأم مع بنت لأن قضية ذلك أن يحجب الآخر لا أن يرث بالجهة المحجوبة وإن كانت الجدة التي تدلي بجهة أم أبي الأب فهي تحجب أم أبي أبي فتعذر حينئذ الجهات ولم يبق إلا جهتان ، فإن قيل لعل المراد أن يتزوج الولد المذكور بنت بنت بنت لها أخرى .
قلت : نعم وعليه يحمل قول الرافعي في الشرح كما إذا نكح الولد في المثالين المذكورين بحافدة أخرى لتلك المرأة فإن الحافد يطلق على ولد الولد ، وإن سفل فاعتقد المصنف أنه الأول فصورها في بنت بنت وهو سهو والصواب بنت بنت بنت وحينئذ تكون الجدة المذكورة مدلية بثلاث جهات ولا يمكن في هذه الرتبة أن يكون معها غير جدة واحدة وكذا في سائر المنازل . انتهى .
وأخذ صاحب الخادم كلام شيخه البلقيني بحروفه لكنه لم يعزه له .

وفي الثالثة أربع ، وفي الرابعة ثمان ، وفي الخامسة ست عشرة ، وهكذا يتضاعف عددهن في كل درجة . ثم منهن وارثات وغير وارثات ، فإذا سئلت عن عدد من الجدات الوارثات على أقرب ما يمكن من المنازل ، فاجعل درجهن بعدد المسؤول عنه ومحض نسبة الأولى إلى الميت من أمهات ، ثم أبدل من آخر نسبة الثانية أماً بأب ، وفي آخر نسبة الثالثة أمّين بأبوين ، وهكذا تنقص من الأمهات وتزيد في الآباء حتى تتمحض نسبة الأخيرة آباء .

مثاله : سئلت عن أربع جدات ، فقل : هن أم أم أم أم ، وأم أم أم أب ، وأم أم أبي أب ، وأم أبي أبي أب ، فالأولى من جهة أم الميت ، والثانية من جهة أبيه ، والثالثة من جهة جده ، والرابعة من جهة أبي جده . وهكذا إذا أردت زيادة زدت لكل واحدة أباً . وإذا أردت معرفة من يحاذي الوارثات مع الساقطات ، فإن كان السؤال عن جدتين على أقرب ما يمكن ، فليس في درجتهما غيرهما . وإن كان السؤال عن أكثر ، فألق من عدد الوارثات اثنين أبداً ، وضعّف الاثنين بعدد ما بقي منهن ، فما بلغ فهو عدد الجدات في تلك الدرجة الوارثات والساقطات ، فإذا عرفت الوارثات منهن ، فالباقيات الساقطات .

مثاله : خذ من الأربع اثنتين وضعِّفهما مرتين ، لأن الباقي اثنان ، فيبلغ ثمانية ، فهن الوارثات والساقطات ، وإذا فرضت ثلاث جدات ، فخذ من الثلاثة اثنتين ، وضعفهما مرة ، لأن الباقي واحد ، فيبلغ أربعة ، فهو عددهن ، وفي هذه الدرجة ثلاث وارثات ، وواحدة ساقطة . واعلم أن الوارثات في كل درجة من درجات الأصول بعد تلك الدرجة ، ففي الثانية ثنتان ، وفي الثالثة ثلاث ، وفي الرابعة أربع . وهكذا في كل درجة لا تزيد إلا وارثة واحدة وإن تضاعف عددهن في كل درجة ، وسببه أن الجدات ما بلغن ، فنصفهن من قبل الأم ، ونصفهن من قبل الأب ، ولا يرث من قبل الأم إلا واحدة ، والباقيات من قبل الأب . فإذا صعدنا درجة ، تبدلت لكل واحدة منهن بأمها، وزادت أم الجد الذي صعدنا إليه، ولا يخفى أن معظم ما ذكرنا في تنزيل الجدات ، تفريع على المشهور . فأما على منقول أبي ثور ، فلا يرث إلا جدتان .

فصل : وللأب ثلاثة أحوال .

حال يرث بمحض الفرض ، وهو إذا كان معه ابن ، أو ابن ابن ، فله السدس ، والباقي للابن أو ابن الابن .

وحال يرث بمحض العصوبة ، وهو إذا لم يكن ولد ولا ولد ابن .

وحال يرث بهما ، وهو إذا كان معه بنت ، أو بنت ابن ، أو بنات ، فله السدس فرضاً ؛ ولهن فرضهن ، والباقي له بالتعصيب .

فصل : الجد كالأب في الميراث ، إلا في مسائل .

إحداها : الأب يُسقط الاخوة والأخوات مطلقاً ، والجد لا يُسقط الاخوة والأخوات للأبوين أو للأب . وسيأتي تفصيلهم إن شاء الله تعالى .

الثانية : الأب يردُّ الأم إلى ثلث ما يبقى في صورتَي زوج وأبوين وزوجة وأبوين كما سبق . ولو كان بدله جد ، كان للأم الثلث كاملاً .

الثالثة : الأب يسقط أم نفسه وأم كل جد ، والجد لا يسقط أم الأب وإن أسقط أم نفسه ، وأبو الجد ومن فوقه كالجد ، لكن كل واحد يحجب أم نفسه ، ولا يحجبها من فوقه .

الرابعة : سبق أن الأب يجمع بين الفرض والتعصيب ، وفي الجد في مثل ذلك الحال وجهان . أحدهما : أنه مثله . والثاني : لا ، بل يأخذ الباقي بعد البنت أو البنات بالتعصيب فقط ، والجمع بينهما خاصٌّ بالأب . وهذا خلاف في العبارة فقط ، والمأخوذ لا يختلف .

قلت : أصحهما وأشهرهما : الأول[1] . والله أعلم .

---

(١) قال في الخادم : قضيته أنه لا خلاف في ذلك بالنسبة إلى الأب وليس كذلك فقد حكى الخلاف فيه عندنا السهيلي في مصنفه في آية الفرائض فقال : ذهب أبو إسحاق الإسفراييني وبعض الشافعية إلى أن للأب ما يبقى .

قال : وهو قول زيد بن ثابت رضي الله عنه . ثم قال : وما ذكره يعني الرافعي من أن الخلاف لفظي ممنوع بل له فائدتان :

إحداهما : ما لو أوصى بثلث ما يبقى بعد إخراج الفرض ، فإن قلنا يأخذ السدس فرضاً ، والباقي بالتعصيب قسم الثلث الباقي أثلاثاً فيكون موصى له بثلث الثلث وهو التسع ، وإن قلنا الجميع بالتعصيب قسم النصف أثلاثاً فيكون موصى له بالسدس لكن ينبني هذا على مسألة أُخرى في الوصية =

فصل في الأولاد : فالابن الواحد يستغرق جميع المال بالإجماع ، وكذا جماعة الأبناء يستغرقونه ، وللبنت النصف ، وللبنتين فصاعداً الثلثان . فإن اجتمع الصنفان ، فللذكر مثل حظ الانثيين .

فـرع : إذا اجتمع أولاد الصلب وأولاد ابن أو بنين ، فـإن كـان في أولاد الصلب ذكر ، لم يرث أولاد الابن ، وإلا ، فإن كان ولد الصلب بنتاً ، فلها النصف ، ثم ينظر ، فإن كان ولد الابن ذكراً ، فالباقي له . وإن كانوا ذكوراً ، أو ذكوراً وإناثاً ، فالباقي بينهم للذكر مثل حظ الانثيين . وإن كان ولد الابن بنتاً ، فلها السدس ، وإن كن بنات ، فالسدس بينهن . وإن كان ولد الصلب بنتين فصاعداً ، فلهن الثلثان ، ولا شيء لبنات الابن . فإن كان معهن أو أسفل منهنَّ ذكر ، عصَّبهن في الباقي للذكر مثل حظ الانثيين . وسواء كان الذي في درجتهن أخاهن أو أخا بعضهن ، أو ابن عمهن ، وإنما يعصبهن إذا لم يكن لهن فرض كما ذكرنا . فلو خلَّف بنت صلب ، وبنت ابن ، وابن ابن ابن ، وبنت ابن ابن ، فللبنت النصف ، ولبنت الابن السـدس فرضـاً ، والباقي بين الأسفلين للذكر مثل حظ الانثيين ، ولا يعصب ابن الابن من كان أسفل منه ، بل يختص بالباقي . وأولاد ابن الابن مع أولاد الابن ، كأولاد الابن مع أولاد الصلب في كل تفصيل ، وكذا في كل درجة نازلة مع درجة عالية ، حتى إذا خلّف بنت ابن ، وبنت ابن ابن ، فللعليا النصف ، وللسفلى السدس . ولـو خلَّف بنتي ابن ، وبنت ابن ابن ، فلبنتي الابن الثلثان ، ولا شيء للسفلى ، إلا أن يكون في درجتها أو أسفل منها من يعصبها .

فرع : ليس في الفرائض من يعصب أخته وعمته وعمة أبيه وجـده وبنات أعمامه وبنات أعمام أبيه وجده ، إلا المستقل من أولاد الابن[١] .

فصـل في الاخوة والأخـوات : أما الاخـوة والأخـوات من الأبـوين إذا

= وهي ما إذا دخل على بعض ورثته ما يضره دون الباقين وهي المشهورة بمسألة الضيْم فإن له ابن يرد فيما يخصه من ذلك القدر . انتهى ما أردته منه ، وما ذكره ذكره غيره أيضاً من شراح المنهاج وغيرهم ولمَ لا يقال لا ضيم في الصورة المذكورة ، وإنما يقدر ذلك لمعرفة قدر الوصية فإذا خرج القدر الموصى به يقسم الباقي على الحال الذي لا وصية فيه . (قاله البكري) .

(١) والمستقل يفادي النازل ويتصحف بالقاف .

انفردوا ، فكأولاد الصلب ، للذكر جميع المال ، وكذا للجماعة ، وللأخت الفردة النصف ، وللأختين فصاعداً الثلثان ، فإن اجتمع الاخوة والأخوات ، فللذكر مثل حظ الانثيين بنص القرآن .

فرع : الاخوة والأخوات للأب ، عند انفرادهم كالاخوة والأخوات للأبوين ، إلا في المشرَّكة[1] ، وهي زوج ، وأم ، وأخوان لأم ، وأخوان لـلأبوين ، فللزوج النصف ، وللأم السدس ، وللأخوين للأم الثلث يشاركهم فيه الأخوان للأبوين .

هذا هو المشهور والمذهب ، وبه قطع الأصحاب . وحكى أبو بكر بن لال من أصحابنا في المسألة قولين . ثانيهما : سقوط الأخوين للأبوين بحسب اختلاف الرواية عن زيد رضي الله عنه ، والرواية عن زيد رضي الله عنه مختلفة كما ذكر ، لكن لم أجد لغيره نقل قول للشافعي رضي الله عنه ، لكن ذهب ابن اللبان وأبو منصور البغدادي ، إلى الإسقاط ، فعلى المذهب : للتشريك أربعة أركان . أن يكون في المسألة زوج ، وأم أو جدة ، واثنان فصاعداً من ولد الأم ، وأن يكون من أولاد الأبوين ذكر ، إما وحده ، وإما مع ذكور وإناث ، أو كليهما ، فإن لم يكن من الأبوين ذكر ، بل كان مع الأركان الثلاثة أخت أو أختان للأبوين أو للأب ، فلا تشريك ، بل يُفرض للواحد النصف ، وللاثنين فصاعداً الثلثان ، وتُعال المسألة . ولو كان ولد الأم واحداً ، فله السدس ، والباقي للعصبة من أولاد الأبوين ، أو الأب ، ولو كان بدل أولاد الأبوين إخوة أب ، سقطوا بالاتفاق ، لأنه ليس لهم قرابة أمٍّ فيشاركون أولاد الأم ، فافترق الصنفان في هذه المسألة . وإذا شركنا في الثلث بين أولاد الأم وأولاد الأبوين ، تقاسموه سواءً ، ذكرهم كأنثاهم ، لأنهم يأخذونه بقرابة الأم .

قلت : قد ذكرنا أنه لو عُدم في المشرّكة ولد الأبوين ، وكان هناك أخت للأب ، فلها النصف فرضاً . فلو كان معها أخوها لأب أيضاً ، سقط وأسقطها ، لأنه لا يفرض لها معه ، فلا تشريك . والله أعلم .

---

(١) أي فإن الأشقاء يشاركون أولاد الأم في ثلثهم ولو كان بدلهما أخوان من أب سقطا ويضاف لما ذكره الرافعي في مسألة أخرى وهي الأخ الشقيق يحجب الأخت من الأب والأخ من الأب لا يحجبها بل يكون بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين وقد ذكرهما الروياني في الحلية .

فرع : لو اجتمع أولاد الأبوين وأولاد الأب ، فهو كاجتماع أولاد الصلب وأولاد الابن ، فأولاد الأبوين كأولاد الصلب ، وأولاد الأب كأولاد الابن . فإن كان في أولاد الأبوين ذكر ، حجب أولاد الأب ، وإلا ، فإن كانت أنثى فقط ، فلها النصف ، والباقي لأولاد الأب إن كانوا ذكوراً ، أو ذكوراً وإناثاً . وإن تمحضن إناثاً ، أو أنثى فقط ، فلهن أو لها السدس تكملة الثلثين . وإن كان من أولاد الأبوين ثنتان فأكثر ، فلهما الثلثان ، ولا شيء لأولاد الأب ، إلا أن يكون فيهن ذكر ، فيعصّب الإناث . ولا يعصب الأخت إلا مَن في درجتها ، بخلاف بنت الابن ، فإنه يعصبها من هو أسفل منها . فلو خلّف اختين لأبوين ، وأختاً لأب ، وابن أخ لأب ، فللأختين الثلثان ، والباقي لابن الأخ ، وتسقط الأخت للأب .

فرع : الاخوة والأخوات للأم ، لواحدهم السدس ذكراً كان أو أنثى ، وللاثنين فصاعداً الثلث يقسم بين ذكورهم وإناثهم بالسوية .

قلت : أولاد الأم يخالفون غيرهم في خمسة أشياء ، فيرثون مع مَن يُدْلون به ، ويرث ذكرهم المنفرد كأنثاهم المنفردة، ويتقاسمون بالسوية . والرابع : أن ذكرهم يدلي بأنثى ، ويرث . والخامس : يحجبون من يُدلون به ، وليس لهم نظير[1] . والله أعلم .

فرع : بنو الاخوة من الأبوين أو الأب يُنزَّل كل واحد منهم منزلة أبيه في

---

(١) فيه أمران :

أحدهما : قد تنازع فيما ذكره . أما الأُولى فالجدة قد ترث مع ابنتها كما إذا كانت جدة قريبة من قبل الأب وابنتها جدة تساويها من قبل الأم ، وصورة ذلك أن يكون لامرأة ابن بنت وبنت بنت بنت فيتزوج هذا الابن هذه البنت وهي بنت بنت خالته وأولدها ولداً فالكبرى جدة هذا الولد من قبل أبيه ومن قبل أمه لكنها من قبل الأب أقرت لأنها أم أم ابنه وابنتها أم أم أمه فهي مساوية لها ، فإذا مات هذا الولد وليست له أم قريبة كان السدس الذي تستحقه الجدة بين هذه العليا وابنتها لتساويهما في الجدة فهي لا نظير لها . (قاله القاضي أبو الطيب في تعليقته والروياني في الحلية) .

وأما الثالثة وهي المتساوي القسمة فينتقض بالأب والأم مع الولد .

وأما الخامس : فكونهم يحجبون من يدلون به شامل لما إذا ورثوا أو حجبوا بالجد مثلاً وينبغي أن يكون مراده حجب النقصان بالأم . وإن كان في الورثة ابنان منهم حجباها من الثلث إلى السدس .

الأمر الثاني : يضاف إليه سادس وهو أنهم يشاركون في فرضهم في المشركة ولا نعلم أحداً يشارك في فرضه غيرهم .

حالتي الانفراد والاجتماع ، فيستغرق الواحد والجماعة [المال][١] عند الانفراد ، وما فضل عن أصحاب الفروض ، وعند الاجتماع يسقط ابن الأخ لـلأب ، لكنهم يخالفون الاخوة في أمور .

أحدها : أن الاخوة يردّون الأم من الثلث إلى السدس ، وبنوهم لا يردّونها[٢] .
الثاني : أن الاخوة للأبوين وللأب يقاسمون الجد ، وبنوهم يسقطون به .
الثالث : لو كان بنو الاخوة للأبوين بدل آبائهم في المشرّكة سقطوا .
الـرابع : الاخـوة للأبـوين وللأب يعصّبـون أخواتهم ، وبنـوهم لا يعصبون أخواتهم .

قلت : ويخالفونهم في ثلاثة أشياء أخر .

أحدها : الاخوة للأبوين ، يحجبون الاخوة للأب ، وأولادهم لا يحجبونهم .
والثاني : الأخ من الأب ، يحجب بني الأخ من الأبوين ، ولا يحجبهم ابنه
الثالث : بنو الاخوة لا يرثون مع الأخوات إذا كن عصبات مع البنات . والله أعلم .

فصل : الأخوات لـلأبوين ولـلأب ، مع البنـات وبنات الابن ، عصبـات كالاخوة . حتى لو خلّف بنتاً وأختاً ، فللبنت النصف . وللأخت الباقي . ولو خلّف بنتين فصاعداً ، أو أختاً أو أخوات ، فللبنات الثلثان ، والباقي للأخت أو للأخوات . ولـو كـان معهن زوج ، فللبنتين الثلثـان ، وللزوج الـربـع ، والبـاقي لـلأخت أو الأخوات . ولو كان معهن أمّ ، عالت المسألة ، وسقطت الأخت والأخوات ، كما لو [كان][٣] معهن أخ . ولو خلف بنتاً وبنت ابن وأختاً ، فلها النصف ، والسدس لبنت الابن ، وللأخت الباقي . وإذا اجتمعت الأخت للأبوين والأخت لـلأب مع البنت وبنت الابن ، فالباقي للأخت للأبوين ، وسقطت الأخت للأب . ولو خلف بنتاً وأختاً لأبوين وأخاً لأب ، كـان الباقي لـلأخت ، وسقط الأخ بها كسقـوطه بـالأخ للأبـوين . ولو خلف بنتاً ، وأخاً وأختاً لأبوين ، فالباقي بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين .

---

(١) في ط للمال .
(٢) نبه الرافعي على أن هذه المفارقة لا تختص بالاخوة من الأبوين ومن الأب بل الاخوة لأم كذلك .
(٣) في ط كمال .

فرع : خلّف بنتاً ، وثلاث أخوات أو إخوة متفرقين ، فللبنت النصف ، والباقي للأخت أو للأخ للأبوين ، وسقط الباقون .

فصل : العم للأبوين أو للأب ، كالأخ من الجهتين ، في أن من انفرد منهما يأخذ جميع المال ، أو ما بقي بعد الفرض . وإذا اجتمعا ، أسقط العمُّ للأبوين العمَّ للأب .

الباب الثاني
في بيان العصبات وترتيبهم

فالأقرب منهم يُسقط الأبعد . وجملة عصبات النسب : الابن والأب ومن يدلي بهما ، ويقدَّم منهم الأبناء ، ثم بنوهم وإن سفلوا ، ثم الأب ، ثم الجدة والاخوة للأبوين أو للأب ، وهم في درجة ، ولذلك يتقاسمون على تفصيل يأتي إن شاء الله تعالى . وأبو الجد وإن علا مع الأخ ، كالجد مع الأخ ، فيتقاسمان لقوَّة الجدودة ، ووقوع الاسم في القريب والبعيد . هذا هو المنصوص والمذهب والمعروف . وقال الإمام : الذي رأيته في ذلك ـ يعني للأصحاب ـ ان أبا الجد ، يكون له السدس ، والباقي للأخ . ثم قال : وفي القلب من هذا شيء ، وأبدى المذهب المنصوص احتمالاً[1] وإذا لم يكن أخ ، فالمقدَّم الجد ، ثم أبوه ، وإن علا ، ويسقط ابن الأخ

---

(١) فيه أمران :
أحدهما : ما حكاه عن النص هو في المختصر إذ قال : وكل جد وإن علا فكالجد إذا لم يكن جد دونه من كل جانب إلا في حجب أمهات الجد وإن بعدن فالجد يحجب أُمهاته وإن بعدن ولا يحجب أُمهات من هو أقرب منه اللاتي لم تلده . انتهى .
وجرى عليه الأصحاب العراقيون وغيرهم من غير ذكر خلاف فيه ، ووجهه الماوردي ثم قيل إن جعلتم الجد الأعلى كالجد الأدنى في مقاسمة الأخوة فهلا جعلتم بني الاخوة معهم كالاخوة . قيل : المعنى في توريث الجد ما فيه من التعصيب والولادة وهذا موجود في الأبعد كوجوده في القريب كما أن معنى الابن في التعصيب والحجب موجود في ابن الابن وإن سفل وليس كذلك حال الأخوة وبينهم لأن مقاسمتهم الجد إنما كان بقوتهم على تعصيب أُخواتهم وحجب أُمهم من الثلث إلى السدس وبنو الاخوة قد عدموا هذين المعنيين فلا يحجبون الأُم ولا يعصبون الأخوات فلذلك قصر عن الاخوة في مقاسمة الجد ولم يقصر أب الجد عن مقاسمة الاخوة كالجد .
الأمر الثاني : إن ما حكاه عن الإمام احتمالاً ولم يحفظه وجهاً قد جزم به القاضي الحسين في باب العصبة إذا كان أب وجد .

بالجد العالي سقوطه بالأدنى ، وفي « النهاية » وجه ضعيف : أن أبا الجد وابن الأخ يتقاسمان ، والصحيح المعروف هو الأول . فإنا إذا قدّمنا نوعاً على نوع ، لا ننظر إلى القرب والبعد . ألا ترى أن ابن الأخ وإن سفل ، مقدّم على العم مع قربه . وإذا لم يكن جد ، فالأخ من الأبوين ، ثم من الأب ، ثم بنو الاخوة من الابوين ، ثم من الأب ، وكذلك بنوهم وإن سفلوا ، ثم العم من الأبوين ، ثم من الأب ، ثم بنو العم كذلك ، ثم عمُّ الأب من الأبوين ، ثم من الأب ، ثم بنوهما كذلك، ثم عم الجد من الأبوين ، ثم من الأب ، ثم بنوهما كذلك ، إلى حيث ينتهون . فإن لم يوجد أحد من عصبات النسب ، والميت عتيق ، فالعصوبة لمعتِقه . فإن لم يكن المعتِق حياً ، فلعصباته ، فإن لم يوجدوا ، فلمعتِق المعتِق ، ثم لعصباته إلى حيث ينتهون . فإن لم يكن عتيقاً ، وأبوه أو جدّه عتيق ، ثبت الولاء عليه لمعتِق الأب أو الجد على ما سيأتي في كتاب الولاء إن شاء الله تعالى . فإن لم يكن أحد منهم ، فالمال لبيت المال .

فرع : البعيد من الجهة المقدَّمة ، يقدَّم على القريب من الجهة المؤخَّرة .

مثاله : ابن الابن وإن سفل ، يقدَّم على الأب ، وكذلك ابن الأخ وإن سفل ، يقدَّم على العم ، وكذلك ابن العم النازل ، يقدَّم على عم الأب ، وإذا اتحدت الجهة ، قدّم الأقرب . فإن استويا في القرب ، قدِّم من يُدلي بالأبوين على من يدلي بالأب .

مثاله : الأخ للأبوين ، يقدَّم على الأخ للأب ، وابن الأخ للأب ، يقدَّم على ابن ابن الأخ للأبوين ، وكذا القول في بني العم وبني عم الأب .

فرع : إذا اشترك اثنان في جهة عصوبة ، واختص أحدهما بقرابةٍ أخرى ، كابني عم أحدُهما أخ لأم ، نظر ، إن أمكن التوريث بالقرابة الأخرى لفقد الحاجب ، فالنص أنه يورث بهما ، فالأخ للأم يأخذ السدس ، والباقي بينهما بالعصوبة . ونص فيما لو ترك ابني عم معتِقِه وأحدُهما أخو المعتِق لأمه : أن جميع المال للذي هو أخوه لأمه . وللأصحاب فيهما طريقان .

أحدهما : جعلهما على قولين . أحدهما : ترجيح الأخ للأم ، فيأخذ جميع المال في الصورتين ، لأنهما استويا في العصوبة وزاد بقرابة الأم ، فأشبه الأخ من الأبوين مع الأخ للأب . والثاني : لا ترجيح ، لأن مزيَّته بجهة تُفرض لها ، فلا يُسقِط

من يشاركه في جهة العصوبة كابني عم أحدُهما زوج . فعلى هذا ، في النسب له السدس فرضاً ، والباقي بينهما بالعصوبة ، وفي الولاء لا يمكن توريثه بالفرضية ، فالمال بينهما سواء بالعصوبة .

والطريق الثاني : وهو المذهب : القطع بالمنصوص في الموضعين[١] . والفرق : أن الأخ للأم في النسب يرث ، فأعطي فرضه ، واستويا في الباقي بالعصوبة ، وفي الولاء لا يرث بالفرض ، فرجِّح من يُدلي بقرابة الأم . وهذا كله تفريع على أن أخا المعتق من أبويه ، يقدَّم على أخيه من أبيه ، وفيه خلاف نذكره قريباً إن شاء الله تعالى . ويجري الطريقان ، فيما لو ترك ابني عم أبيه وأحدُهما أخوه لأمه[٢] . فلو تركت المرأة ابني عم أحدُهما زوجها ، والآخر أخ لأمّ ، فعلى المذهب : للزوج النصف ، وللآخر السدس ، والباقي بينهما بالسوية . وإن رجحنا الأخ للأم ، فالباقي كله له . ولو تركت ثلاثة بني أعمام أحدهم زوج ، والثاني أخ لأم ، فعلى المذهب ، للزوج النصف ، وللأخ السدس ، والباقي بينهم بالسوية . وإن رجحنا الأخ للأم ، فللزوج النصف ، والباقي للأخ . هذا كله إذا أمكن توريث المختص بتلك القرابة . أما إذا لم يكن لحاجب ، بأن ترك بنتاً وابني عم أحدهما أخ لأم ، فوجهان . أصحهما : للبنت النصف ، والباقي بينهما بالسوية ، لأن إخوة الأم سقطت بالبنت . والثاني : أن الباقي للأخ وحده ، وبه قال ابن الحداد ، واختاره

---

(١) في ترجيحه المنصوص إشكال إن لم يثبت عن زيد خلاف هذه الرواية وكيف يكون مذهب الشافعي خارجاً عن مذهب زيد ، وهذا خلاف ما عده المذهب لكن جمهور الأصحاب على ترجيح المنصوص ، وفي الكافي هذا هو المذهب نص عليه كالأخ لأبوين مع الأخ لأب وجزم به الدارمي في الاستذكار وابن الصباغ في الشامل وهو قضية كلام العراقيين وقال الشافعي : إن المال كله للأخ للأم لا تفرد بأخوة ولا يمكن توريثه بهما على الإيراد فرجح جانبه بها ، ثم قال وفي المسألة وجه آخر وهو القياس أن المال بين ابني عم المعتق نصفان ولا ترجيح بأخوة الأم بخلاف الأخ للأبوين .
نعم الأخ للأب لأن الأخوة من جنس الأخوة فصلحت للترجيح عند الاجتماع وليسا من جنس العمومة فلا يبقى لها الترجيح . انتهى .
وهذا النص نقله القاضي الحسين عن رواية القاضي أبي حامد .

(٢) سكت عما إذا خلف ابن عم لأب وأم وابن عم لأب هو أخ للأم .
قال ابن اللبان في الإيجاز ، يروى عن يحيى بن آدم أنه قال : المال لابن العم للأب الذي هو أخ من أم على قول ابن مسعود ، وإليه ذهب أكثر الفرضيين .

الشيخ أبو علي ، كما لو اجتمع مع البنت أخ لأبوين وأخ لأب . وإذا قلنا بالأصح ، فترك ابن عم لأبوين ، وآخر لأب وهو أخ لأم ، فللثاني السدس بالأخوة ، والباقي للأول ، وتسقط به عصوبة الثاني . ولو تركت ثلاثة بني أعمام متفرقين ، والذي هو لأم زوج ، والذي هو لأب أخ لأم ، فللزوج النصف ، ولـلأخ السدس ، والبـاقي للآخر . ولو ترك أخوين لأم ، وترك سواهما أخوين لأم أحدهمـا ابن عم ، فلهما الثلث بالأخوة ، والباقي لابن العم منهما بلا خلاف . ولو ترك ابني عم، أحدهما أخ لأم ، وترك سواهما أخوين لأم أحدهما ابن عم ، فالحاصل أنه ترك أخوين هما ابنا عم ، وأخاً ليس بابن عم ، وابن عم ليس بأخ ، فالثلث للاخوة الثلاثة ، والباقي لبني الأعمام الثلاثة .

فصل في عصبات المعتق : قد سبق أن من لا عصبة له من النسب ، فمالُه أو ما يفضل عن الفروض لمعتقه إن كان عتيقاً ، سواء كان المعتق ذكراً أو أنثى . فإن لم يوجد المعتق ، فالاستحقاق لعصباته من النسب الذين يتعصبون بأنفسهم دون من يعصبهم غيرهم ، فلا ترث النساء بالولاء ، إلا ممن أعتقن ، أو أعتق من أعتَقن ، أو جَرَّ الولاء إليهن من أعتَقن . وإن شئت قلت : لا ترث امرأة بولاء ، إلا معتَقها ، أو منتمياً إليه بنسب أو ولاء ، لأن الـولاء أضعف من النسب البعيد [فـإذا][1] بَعـدُ النسب ، ورث الذكور دون الإناث ، فيرث ابن الأخ والعم وابنه ، دون أخواتهم . فإذا لم ترث بنت الأخ ، فبنت المعتِق أولى ، (ثم الذين يتعصبون بأنفسهم ، ترتيبهم في الولاء كترتيبهم في النسب ، فيقدَّم ابن المعتِق وابن ابنه على أبيه وجده ، لكن يفترق الترتيبان في مسائل .

إحداها : في الأخ للأبوين مع الأخ للأب طريقان . المـذهب : يقدَّم الأخ للأبوين كما في النسب . والثاني : على قولين . ثانيهما : يتساويان ، إذ لا مدخل لِقرابة الأم هنا .

الثانية : في الجد والأخ قولان . أظهرهما عند الشيخ أبي حامد وأبي خلف الطبري والأكثرين : أن الأخ مقدَّم . والثاني : يتساويان كالنسب ، ورجحه البغوي .

(١) في ط وإذا .

فإن قلنا : يتساويان ، فطريقان . أحدهما نقله الحناطي وغيره : فيه وجهان . أحدهما : للجد ما هو خير له من المقاسمة وثلث المال ، كما سيأتي إن شاء الله تعالى في النسب . وأصحهما : أنه يقاسم الاخوة أبداً ، لأنه لا مدخل للفرض والتقدير في الولاء . والطريق الثاني وهو المذهب وبه قطع الجمهور : القطع بالمقاسمة أبداً . ولو اجتمع مع جد المعتِق إخوة لأبوين ، وإخوة لأب ، فوجهان . أحدهما وهو اختيار ابن اللبان : يعدّ الأخوة من الأب على الجد ، كما في النسب . وأصحهما وبه قال ابن سريج والأكثرون : لا يعدّون ، بل الجد والأخ للأبوين يقتسمان ، والفرق أن الاخوة للأب قد يأخذون شيئاً في النسب ، كما إذا كان معهم أخت للأبوين وجدّ ، وهنا لا يأخذون شيئاً بحال ، لأنه لا يرث هنا إلا ذكر ، ولا يرث الأخ للأب مع الأخ للأبوين ، فيبعد أن يدخل في القسمة من لا يأخذ بحال . وعلى هذا القول الجد أولى من ابن الأخ على الأصح كالنسب . وقيل : يستويان.[1] قال البغوي تفريعاً على هذا القول : الأخ أولى من أبي الجد وأبو الجد مع ابن الأخ يستويان . وإذا قلنا بالأظهر : إن الأخ مقدَّم على الجد ، فابن الأخ مقدَّم أيضاً كابن

---

(١) وإنما يستوي أب الجد مع ابن الأخ تفريعاً على القول باستواء الجد الأول والأخ . فأما إذا فرعنا على تقديم الأخ على الجد فابن الأخ مقدم على أبي الجد، وقد قال في التهذيب بعد ذلك بأسطر: الثالثة : إن في النسب أب الجد وإن علا أولى من ابن الأخ وجعل في الولاء قولان أصحهما سواء والثاني ابن الأخ أولى ، وما صححه البغوي جار على طريقه في تصحيح التسوية بين الجد والأب والأخ وإلا فإذا جرينا على تصحيح الجمهور كان ابن الأخ مقدماً على أبي الجد كما يتقدم على الجد وجملة القول أن الأخوة والأخوات أعني من الأبوين أو الأب إذا اجتمعوا مع الجد لم يسقطوا به وبه قال مالك وقال أبو حنيفة والمزني يسقطون ووجه ذلك بأن ابن الابن نازل منزلة الابن في إسقاط الاخوة والأخوات فليكن أب ، والأب نازلاً منزلة الأب ، ويروى هذا الوجه عن ابن عباس . انتهى أي هذا الاستدلال منقول عن ابن عباس ، وهو معنى قول ابن عباس : ألا يتقي الله ذلك أيجعل ابن الابن ابناً ولا يجعل أب الأب أباً معنى أن نسب الجد إلى الأب في العمود الأعلى كنسبه ابن الابن إلى الابن . فإن هذا أبو أبيه وهذا ابن ابنه فهذا يدلي إليه بواحد من جنسه وهذا يدلي إليه بواحد من جنسه لكن إدلاء الأول بالأبوة وإدلاء الثاني بالبنوة وهذا مشرك من القريب والبعيد .

اعترض ابن أبي هريرة على هذا التوجيه فقال : ويدخل على تشبيههم بالنهر والشجرة ابن الأخ لأنه إذا اتسعت من أحد الغصنين غصناً كان قربة من الغصن أقرب من قرب أحد الغصنين بأصل الشجرة وأيضاً فإن النص مقدم على الاجتهاد فميراث الجد إما أن يكون أخذوه بالعموم أو بالاجتهاد وميراث الاخوة أخذ نصاً .

الابن ، والقولان في الأخ والجد يجريان في العم مع أبي الجد ، وفي كل عم اجتمع هو وجدّ إذا أدلى ذلك العم بابن ذلك الجد ، ولا خلاف أن الجد أولى من العم .

المسألة الثالثة : إذا كان للمعتِق ابنا عم أحدهما أخ ، فالمذهب والمنصوص : أنه مقدَّم كما سبق في الفصل قبله(١) .

فرع : إذا لم يوجد أحد من عصبات المعتق ، فالمال لمعتِق المعتِق ، ثم لعصباته على النسق المذكور في عصبات المعتِق ، ثم لمعتِق معتِق المُعتِق . وعلى هذا القياسُ . والقول في معتِق الأب والجد وقواعد أخر ومسائل عويصة نذكره إن شاء الله تعالى في كتاب الولاء .

الباب الثالث
في ميراث الجد مع الاخوة

إذا كان مع الجد إخوة وأخوات من الأبوين ، أو من الأب ، لم يسقطوا على

---

(١) قال في الخادم : يضاف إلى ذلك صور :

إحداها: ابن الأخ للأبوين أو للأب يقدم هنا على الجد على الأصح .

الثانية : العم الشقيق أو للأب يقدم على الجد نص عليه .

الثالثة : ابن العم المذكور ينبغي أن يقدم على أبي الجد .

الرابعة : إذا قلنا الجد مع الأخوة سواء فالجد يقاسمهم في النسب ما دامت القسامة خيراً له ، وفي الولاء يقاسمهم أبداً وفيه وجه .

الخامسة : إذا قلنا الجد سواء فأولاد الأب والأم يعادون الجد بأولاد الأب في النسب ، وفي الولاء لا يعادونه على الأصح . وهذا ذكره الرافعي في باب الولاء .

السادسة : الابن يعصب أُخته في النسب ولا يعصبها في الولاء لأن النساء لا يرثن الولاء .

السابعة : عدم تعصيب الأخ للأب أُخته .

الثامنة : تقديم ابن العم الشقيق على ابن العم للأب على النص .

التاسعة : لو أعتق عبداً ثم قتله لم يرثه ولا أحد من عصباته بخلاف ما لو قتل أباه وله ابن فإن الميراث لابن القاتل ، لأن الولاء لا يثبت ما دام المعتق حياً بخلاف النسب فإنه ثابت في حياة الأب وبعد موته . كذا قاله القاضي الحسين ولكن ذكر الرافعي في دوريات الوصايا أنه ينتقل ماله إلى عصبات المعتق ، والأرجح ما قاله القاضي ، وهذا الترجيح من الزركشي عجيب مخالف لشيخه الإمام البلقيني تبعاً للشيخين والعجيب منه أنه في قواعده وافق الشيخين وخالف هنا .

العاشرة : أن المرأة في الولاء تنفرد بالعصوبة إذا كانت معتقة وفي النسب لا تنفرد بالعصوبة وإنما تكون عصبة بغيرها أو مع غيرها .

الصحيح . وقال المزني : يسقطون ، واختاره محمد بن نصر المروزي من أصحابنا ، وابن سريج ، وابن اللبان ، وأبو منصور البغدادي .

والتفريع على الصحيح ، فنقول : إذا كان معه إخوة وأخوات من الأبوين أو من الأب ، فإن لم يكن معهم ذو فرض ، فللجد الأوفر من مقاسمتهم وثلث جميع المال . فإن قاسم ، كان كأخ وإن أخذ الثلث ، فالباقي بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ، وقد يستوي الأمران ، فلا يكون فرق في الحقيقة ، ولكنِ الفرضيون يتلفَّظون بالثلث ، لأنه أسهل . وإنما تكون القسمة أوفر إذا لم يكن معه إلا أخ ، أو أخت ، أو أخ وأخت ، أو أختان ، أو ثلاث أخوات ، فهي خمس مسائل . وإنما يستويان ، إذا لم يكن معهم إلا أخوان أو أخ وأختان ، أو أربع أخوات . وفيما عدا ذلك ، الثلث أوفر .

وضابطه أن الاخوة والأخوات ، إن كانوا مثليه ، فالقسمة والثلث سواء . وإن كانوا دون مثلَيه ، فالقسمة أوفر . وإن كان فوق مثليه ، فالثلث أوفر . وإن كان معهم صاحب فرض ـ وأصحاب الفروض الوارثون مع الجد والاخوة ستة : البنت ، وبنت الابن ، والأم ، والجدة ، والزوج ، والزوجة ـ فإما أن لا يبقى بعد الفروض شيء ، كبنتين وأم وزوج ، فيفرض للجد السدس ، ويزاد في العول . وإما أن يبقى السدس فقط ، كبنتين وأم . فيصرف إلى الجد .

وإما أن يبقى دون السدس ، كبنتين وزوج ، فيفرض للجد السدس ، وتعال المسألة .

وعلى هذه التقديرات الثلاثة يسقط الاخوة والأخوات . وإما أن يكون الباقي أكثر من السدس ، فللجد خير الأمور الثلاثة ، وهي مقاسمة الاخوة والأخوات ، وثلث ما يبقى ، وسدس جميع المال . أما إذا كان معه إخوة وأخوات لأبوين ولأب ، فللجد خير الأمرين إن لم يكن هناك ذو فرض ، وخير الأمور الثلاثة إن كان ، كما إذا لم يكن إلا أحد الصنفين ، لكن هنا يَعُدُّ أولادُ الأبوين أولاد الأب على الجد في القسمة . ثم إذا أخذ الجد حصته ، نظر ، إن كان ولد الأبوين عصبة ، إما ذكراً ، وإما ذكوراً ، وإما ذكوراً وإناثاً ، فلهم كل الباقي ، ولا شيء لولد الأب . وإن لم يكن عصبة ، بل أنثى ، أو إناث ، فالاثنتان فصاعداً يأخذون إلى الثلثين ولا يبقى شيء ،

فيسقط أولاد الأب ، والواحدة تأخذ إلى النصف . فإن بقي شيء ، فلأولاد الأب ذكوراً كانوا أو إناثاً للذكر مثل حظ الانثيين .

فرع : إذا كان الصنفان معه ، وكان غير القسمة خيراً له ، بأن كان معه أخت للأبوين ، وأخوان ، أو أربع أخوات فصاعداً للأب ، فللجد الثلث . قال بعض الفرضيين : يجعل الباقي بين ولد الأبوين وولد الأب ، ثم يردُّ ولد الأب على ولد الأبوين قدر فرضه . قال ابن اللبان : والصواب ، أن يفرض للأخت للأبوين النصف ، ويجعل الباقي لأولاد الأب .

فرع : لا فرق فيما ذكرناه بين أن يتمحَّض مع الجد إخوة أو أخوات ، أو يختلطوا ، فالجد في الأحوال كلِّها كأخ ، والأخوات معه كهنّ مع أخ ، فلا يفرض لهن معه ، ولا تعال مسألةبسببهن ، بخلاف الجد حيث فرضنا له وأعلنا ، لأنه صاحب فرض بالجدودة ، فرجع إليه لضرورة . وهذا أصل مطرد ، إلا في المسألة الأكدرية[1] ، وهي زوج ، وأم ، وجد ، وأخت للأبوين أو للأب ، فللزوج النصف ، وللأم الثلث ، وللجد السدس ، ويفرض للأخت النصف ، وتعول من ستة إلى تسعة ، ثم يجمع نصيب الأخت والجد ، ويجعل بينهما أثلاثاً . وتصح من سبعة وعشرين ، للزوج تسعة ، وللأم ستة ، وللأخت أربعة ، وللجد ثمانية . ويمتحن بها فيقال : وُرَّاث أربعة ، أخذ أحدهم ثلث المال ، والثاني ثلث الباقي ، والثالث ثلث الباقي ، والرابع الباقي .

ولو كان بدل الأخت أخ ، سقط ، إذ لا فرض له .

ولو كانت أختان ، فللزوج النصف ، وللأم السدس ، وللجد السدس ، والباقي لهما ، ولا عول ، وبالله التوفيق .

الباب الرابع
في الحجب[2]

هو نوعان ، حَجْب نقصان ـ كحَجْب الولد الزوج من النصف إلى الربع ،

---

(١) سميت بذلك لأنها كدرت على زيد مذهبه ، وقيل لأن الميتة من أكدر وقيل : إن الجد كدر على الأخت فرضها .

(٢) قال سبط المارديني في حاشيته على الرحبية : =

والزوجة من الربع إلى الثمن ، والأم من الثلث إلى السدس ـ وحَجْب حرمان ، وهو المقصود بالذِّكْر ، فالورثة قسمان . قسم لا يتوسط بينهم وبين الميت غيرهم ، وهم : الأبوان ، والزوجان ، والأولاد ، فهؤلاء لا يحجبهم أحد . وقسم يتوسط بينهم وبينه غيرهم ، وهم ثلاثة أضرب .

الأول[1] : المنتسبون إلى الميت من جهة العلو ، وهم الأصول . فالجد لا يحجبه إلا الأب ، وكذلك كل جد يحجب من فوقه .

وأما الجدات ، فقد يحجبهن غيرهن ، وقد يحجب بعضهن بعضاً . فأما الأول ، فالأم تحجب كل جدة ، سواء كان من جهتها ، أو من جهة الأب ، كما يحجب الأب كل من يرث بالأبوة ، والأب يحجب كل جدة من جهته ، وكذا كل جد يحجب أم نفسه وأم آبائه ، ولا يحجب أم من دونه ، والأب والأجداد لا يحجبون الجدة من جهة الأم قريبة كانت أو بعيدة بالإجماع . وأما حجب بعضهن ، فالقربى من كل جهة تحجب البعدى من تلك الجهة ، وهذا من جهة الأم لا يكون إلا والبعدى مُدْلية بالقربى ، ومن جهة الأب قد يكون كذلك ، فالحكم كمثل ، وقد لا يكون ، كأم الأب ، وأم أب الأب ، ففيه اختلاف عن الفرضيين ، والذي ذكره البغوي وغيره : أن القربى تحجب البعدى أيضاً .

قلت : هذا هو الصحيح المعروف . والله أعلم .

ولو كانت البعدى مدلية بالقربى ، لكن البعدى جدة من جهة أخرى ، فلا تُحجب .

= اعلم أن هذا الباب عظيم الفائدة في الفرائض وهو أفقهها فمن لم يتفقه فيه كما ينبغي وإلا فهو عارض هذا العلم فكرر مطالعته ولازم تأمله . فلعلك تظفر بغوامض سره وما أحسن ما قاله بعضهم في معنى ذلك :

أقول ذا الباب عظيم الفائدة فجد فيه تحتوي مقاصده
من لم يفز منه بسر غامض يحرم أن يفتي في الفرائض

والحجب في اللغة المنع يقال : حجبه أي منعه من الدخول ، والاخوة يحجبون الأم عن الثلث ، ومنه حاجب الملوك لمنعه الناس عن الدخول إليهم والحاجب المانع والمحجوب الممنوع .
وشرعاً : المنع من الارث . وقال بعضهم منع قام به سبب الإرث بالكلية أو من أوفر حظيه .

(١) في ط الضرب الأول .

مثاله : لزينب بنتان ، حفصة ، وعمرة ، ولحفصة ابن ، ولعمرة بنت بنت ، فنكح الابن بنت بنت خالته ، فأتت بولد ، فلا تُسقط عمرة التي هي أم أم أمه أمَّها ، لأنها أم أم أبي المولود[١] .

فرع : القربى من جهة الأم ، كأم الأم ، تحجب البعدى من جهة الأب ، كأم أم الأب ، كما أن الأم تحجب أم الأب . والقربى من جهة الأب ، كأم الأب ، هل تحجب البعدى من جهة الأم ، كأم أم الأم ؟ فيه قولان . أظهرهما : لا ، لأن الأب لا يحجبها ، فأمه المدلية به أولى . وعلى هذا القياس نقل البغوي أن القربى من جهة أمهات الأب ، كأم أم الأب ، تسقط البعدى من جهة آباء الأب ، كأم أبي الأب ، وأم أبي أبي الأب ، والقربى من جهة آباء الأب ، كأم أبي الأب ، هل تسقط البعدى من جهة أمهات الأب ، كأم أم أم الأب ؟ فيه القولان .

الضرب الثاني : المنتسبون إليه من جهة السفل ، فابن الابن لا يحجبه إلا الابن ، وبنت الابن يحجبها الابن ، وكذا بنتا صلب ، إلا أن يكون معها أو أسفل منها ذكر يعصبها ، وكذا بنات ابن الابن يسقطهن ابن الابن ، ويَسقطن أيضاً إذا استكمل بنات الابن الثلثين ، إلا أن يكون معهن أو أسفل منهن من يعصبهن ، وكذا إن كانت بنت صلب ، وبنت ابن ، أو بنات ابن ، وعلى هذا القياس .

الضرب الثالث : المنتسبون إليه على الطرف ، فالاخوة والأخوات للأم يحجبهم أربعة : الولد ، وولد الابن ، والأب ، والجد . والأخ للأبوين يحجبه الأب ، والابن ، وابن الابن بالإجماع ، وقد سبق وجه : أن الجد أيضاً يسقطه . والأخت للأبوين ، لا يحجبها أيضاً إلا هؤلاء . والأخ للأب يحجبه هؤلاء والأخ للأبوين . والأخت للأب يحجبها الأربعة . وكذلك إذا استكملت الأخوات للأبوين الثلثين ، سقطت الأخوات للأب ، إلا أن يكون معهن معصِّب . وابن الأخ للأبوين يحجبه ستة : الابن ، وابن الابن ، والأب ، والجد ، والأخ للأبوين ، والأخ

---

(١) أي فالكبرى جدة هذا الولد من قبل أبيه ومن قبل أُمه لكنها من قبل الأب أقرب لأنها أم أم أبيه وابنتها أم أم أمه فهي مساوية لها ، فإذا مات هذا الولد وليست له أم قريبة كان القياس الذي تستحقه الجدة من هذه العليا وابنتها لتساويهما في الجدودة قال القاضي أبو الطيب والروياني : وليس لنا جدة ترث مع ابنتها إلا في هذه الصورة .

للأب . وابن الأخ للأب يحجبه هؤلاء ، وابن الأخ للأبوين . والعم للأبوين يحجبه هؤلاء ، وابن الأخ للأب . والعم للأب يحجبه هؤلاء والعم للأبوين . [وابن العم للأبوين] يحجبه هؤلاء ، والعم للأب . وابن العم للأب يحجبه هؤلاء ، وابن العم للأبوين . والمعتِق يحجبه عصبات النسب . وكل عصبة يحجبه أصحاب الفروض المستغرقة .

فرع : جميع ما ذكرناه من الحجب ، هو فيما إذا كان الحاجب وارثاً من الميت . فإن لم يرث ، نظر ، إن كان امتناع الإرث لنقص ، كالرق وغيره من الموانع ، فلا يَحْجُب ، لا حجبَ حرمان ، ولا حجب نُقصان[١] . وإن كان لا يرث لتقدُّم غيره عليه ، فقد يحجب غيره حجب نقصان ، وذلك في صور .

إحداها : مات عن أبوين وأخوين ، فللأم السدس ، والباقي للأب ، لأنهما يسقطان به .

الثانية : أم ، وجد ، وأخوان لأم ، للأم السدس ، والباقي للجد .

الثالثة : أب ، وأم أب ، وأم أم ، فتسقط أم الأب بالأب ، وفيما ترثه أم الأم وجهان . أصحهما : السدس . والثاني : نصف السدس .

الرابعة : إذا ترك جداً ، وأخاً لأبوين ، وأخاً لأب ، ينقص بالأخ للأب نصيب الجد ، ولا يأخذ شيئاً .

قلت : وصورة خامسة : أم ، وأخ لأبوين ، وأخ لأب[٢] . والله أعلم .

---

(١) أحسن المصنف في إسقاط الإجماع في هذه المسألة .

(٢) يرد على الشيخ صور :

أحدها : أخ لأبوين أو أب وأخ لأم وأم وجد فالأخ للأم يحجب مع الآخر للأم من الثلث إلى السدس ولا يأخذ شيئاً . نقل هذه عن الحاوي .

ومنها : زوج وأخت لأبوين وأخ وأخت لأب فالأخ للأب قد أسقط فرض الأخت للأب وهو السدس ولا يرث .

ومنها : زوج وأم وولدا أم وأخ وأخت لأب فالأخ والأخت كالمسألة قبلها .

ومنها : زوج وبنت وأبوان وابن ابن وبنت ابن فابن الابن يحجب بنت الابن عن سدسها إذ لولاه لكان لها السدس تكملة الثلثين والكلام فيها كالكلام في الأخت والأخت للأب كما سبق .

ومنها : أخت لأبوين وأم وولدا أم وأخ وأخت لأب فالأخ مع الأخت كالمسألة السابقة . =

الباب الخامس
في بيان مانع الميراث

هو خمسة .

الأول[١] : اختلاف الدِّين ، وفيه مسائل .

الأولى : لا يرث المسلم الكافر ، ولا الكافر المسلم ، ولا فرق بين النسيب والمعتِق والزوج ، ولا بين من يُسلم قبل القسمة أم لا[٢] .

الثانية : يرث الكفار بعضهم بعضاً ، كاليهودي من النصراني ، والنصراني من المجوسي ، والمجوسي الحربي من الوثني ، وبالعُكوس عن ابن خيران وغيره وجه : أنه لا ترث ملّة منهم من أخرى . والصحيح المعروف ، هو الأول . هذا إذا كان اليهودي والنصراني مثلاً ذميين أو حربيين ، سواء كان الحربيان مختلفي الدار أو متَّفِقَيْها ، كالروم والهند[٣] . فلو كان أحدهما ذمياً ، والآخر حربياً ، فطريقان .

= ومنها : زوج وأم وأخت لأبوين وأخ لأب فللأم السدس عائلاً وهو سهم من سبعة ولولا الأخ لكان لها ثلث عائل وهو سهمان من ثمانية .

(١) في ط المانع الأول .

(٢) قيل يستثنى من قول الشيخ المسلم لا يرث الكافر ما لو مات الكافر عن زوجة حامل ووقفنا الميراث للحمل فأسلمت ثم ولدت الولد ورث ، وإن كان محكوماً بإسلامه لأنه كان محكوماً بكفره يوم الموت . ذكره الرافعي في الكلام على إرث الجنين ، وقد يقال هذه لا ترد لأنه حين موت أبيه كان كافراً فما ورِّثنا إلا كافراً من كافر . وما ذكره الشيخ الاسنوي عن الأشراف للقاضي عبد الوهاب المالكي في الخلاف أن الشافعي رضي الله عنه قال : إذا مات عتيق المسلم النصراني أنه يرثه معتقه المسلم لا يعرف هذا في نصوص الشافعي بل الموجود في نصوصه عدم الارث وأطال الشيخ البلقيني وغيره الرد عليه .

(٣) حكى الشيخ المصنف في شرح مسلم عن الأصحاب أن الحربيين ، وكذا لو كانوا حربيين في بلدين متجاورين لم يتوارثا . انتهى .
قال في القوت : وهذا النقل سهو منه رحمه الله ، وإنما هذا مذهب أبي حنيفة رحمه الله لا يعرف عن أحد من أصحابنا هذا هو الصواب بلا شك الموجود في كتب المذهب وكتب الفرائض للأصحاب وكلها ناصة على عدم الفرق عندنا خلافاً لأبي حنيفة ، وقد وقع هذا السهو لصاحب التعجيز في شرحه وتبعه عليه بعض الفرضيين من أهل العصر فإنه قال بعد أن قرر التوارث بينهم وقال الماوردي : إذا اختلف دار أهل الحرب باختلاف ملوكهم ومعاداتهم فلا يرث بعضهم من بعض . هذا إنما حكاه الماوردي عن أبي حنيفة إلى آخر ما ذكره . وأخذه صاحب الخادم واعتمده ، وفي النفس مما قاله الأذرعي وتبعه الزركشي شيء والشيخ هو الثقة الأمين ولم ينقله عن الماوردي .

المذهب وبه قطع الأكثرون : لا يتوارثان ، لانقطاع الموالاة بينهما ، وربما نقل الفرضيون الإجماع على هذا . والثاني : على قولين حكاهما الإمام وغيره ، ثانيهما : التوارث ، لشمول الكفر . والمعاهد والمستأمن ، هل هما كالذمي ، أم كالحربي ؟ فيه وجهان . أصحهما وهو المنصوص : كالذمي ، لأنهما معصومان بالعهد والأمان . فعلى هذا ، يتوارث الذمي والمستأمن ، وعلى الآخر : في التوارث بينهما الطريقان ، ويتوارث هو والحربي .

فرع : مات يهودي ذمي عن ابنٍ مثله ، وابنِ نصراني ذمي ، وابنِ يهودي معاهَد ، وابنِ يهودي حربي ، فالمذهب : أن التركة لجميعهم ، غير الحربي[1] ، ويجيء في الحربي وجه : أنه يرث ، وفي الآخرين وجه بالمنع ، سوى الأول .

الثالثة : لا يرث المرتد أحداً ، ولا يرثه أحد ، وماله فيء[2] ، سواء كسبه في الإسلام أو في الردة ، وسواء في المرتد المعلن والزنديق والمستسرُّ ، ولا ينزَّل التحاقه بدار الحرب منزلة موته .

المانع الثاني : الرِّق . فلا يرث رقيق وإن عتق قبل القسمة ، ولا يورث رقيق ، إذ لا ملك له ، وإذا قلنا : يملك بتمليك السيد ، فملكه غير مستقر ، يعود إلى السيد إذا زال ملكه عن رقبته . وسواء في ذلك القن والمكاتب والمدبّر وأم الولد ، فلا يرثون ولا يورِّثون .

---

(١) قيل : كيف يتصور توارث اليهودي من النصراني وعكسه لأن الصحيح النصراني إذا تهود أو عكسه لا يقر على ذلك بل لا يقبل منه الإسلام .
وأجيب بأنه يتصور بما لو أتت اليهودية من النصراني بولد ومات النصراني واختار الولد دين أُمه ورث من أبيه .
قال في الخادم : ويتصور في الولاء بأن يعتق نصراني عبداً يهودياً في الزوجية بأن ترث اليهودية من النصراني وعكسه . وأحسن من ذلك تصويره بما لو تهود النصراني في دار الحرب قبل التزام الجزية فإن المنع من التقرير إنما هو بعد التزامها بدليل حكايتهم قولين فيما إذا لم يسلم هل يقتل أو يلحق بمأمنه أصحهما الثاني ، أما لو تهود في دار الحرب ثم جاءنا وقبل الجزية أقر قطعاً لمصلحة قبول الجزية .

(٢) رد الشيخ الإمام السبكي على الشيخ ابن الرفعة تقييده ذلك بموته على الردة وأطال في ذلك وأحسن فيما قال . وقال الشيخ البلقيني في التدريب وأما ما وجب له من قصاص بقطع طرف أو جرح في حال إسلامه فإنه يستوفيه من كان وارثه لولاء الردة على مقتضى النص المعمول به فيمكن أن يستثنى ، وإن لمح فيه التشفي ، وقياس ذلك يأتي في حد القذف وفي اليهودي يتنصر . قلته تخريجاً . انتهى .

فرع : المعتَق بعضه ، لا يرث على الصحيح المنصوص الذي قطع به الأصحاب . وعن المزني وابن سريج : أنه يرث بقدر ما فيه من الحرية . وهل يورِّث ؟ قولان . القديم : لا ، والجديد : نعم ، لأنه تام الملك .

قلت : الجديد ، هو الأظهر عند الأصحاب . والله أعلم .

فعلى القديم : فيما ملكه بحريته ، وجهان . أصحهما عند الأكثرين وهو نصه في القديم : أنه لمالك الباقي . والثاني : أنه لبيت المال ، وهو منسوب إلى الاصطخري ، ونقله الفرضيون عن ابن سريج وقالوا : هو الأصح . وعلى الجديد : يرثه قريبه أو معتِقه .

قلت : وزوجته . والله أعلم .

وفي القدر الموروث ، وجهان . أصحهما : جميع ما ملكه بنصفه الحر . والثاني أنه يقسط ما ملكه بحريته على مالك الباقي والورثة بقدر رقّه وحريته . فإن كان نصفه حرّاً ، فنصف ذلك للورثة ، ونصفه لمالك باقيه ، لأن الموت حل جميع البدن ، والبدن منقسم إلى رق وحرية .

المانع الثالث : القتل[1] ، وهو ضربان .

أحدهما : مضمون ، وهو موجب للحرمان ، سواء ضمن بقصاص أو دية أو كفارة ، كمن رمى صف الكفار ولم يعلم فيهم مسلماً ، فقتل قريبه المسلم ، تجب الكفارة ، ولا دية ، وسواء كان القتل عمداً أو خطأً . وحكى الحناطي قولاً إن المخطىء يرث مطلقاً ، والمشهور الأول . وسواء كان الخطأ بمباشرة ، كمن رمى صيداً فأصاب مورِّثه ، أو بالسبب ، كمن حفر بئراً عدواناً فسقط فيها مورِّثه ، أو وضع حجراً في الطريق فتعثَّر به مورثه . وسواء قصد بالتسبُّب مصلحته ، كضرب الأب والزوج والمعلِّم للتأديب ، وكسقيه الدواء وبَطِّ جرحه للمعالجة إذا مات به الصبي أو

---

(١) لقوله ﷺ « القاتل لا يرث » .

أخرجه من رواية أبي هريرة الترمذي في الفرائض / باب : ما جاء في إبطال (ميراث القاتل ٤/٤٢٥) (٢١٠٩) . وابن ماجة في الفرائض / باب : (ميراث القاتل ٢/٩١٣) (٢٧٣٥) . والبيهقي في السنن الكبرى (٦/٢٢٠) . وسواء كان القتل لحد أو خطأ أو سبب .

غيره ، أو لا يقصد . وفي ربط الجرح وسقي الدواء وجه حكاه ابن اللبان وغيره : أنه لا يمنع . وعن صاحب « التقريب » وجه في مطلق القتل بالتسبب : أنه لا يمنع ، والصحيح الذي عليه الأصحاب الأول ، وسواء صدر القتل من مكلف أو غيره ، ويجيء في الصبي وجه يتخرج من القول الذي حكاه الحناطي في المخطىء إذا قلنا : عمد الصبي خطأ . وسواء فيه المكره والمختار ، وفي المكرَه خلاف ، والمذهب المنع .

الضرب الثاني : قتل غير مضمون ، وهو قسمان . مستحق مقصود ، وغيره . والأول نوعان .

أحدهما : ما لا يسوغ تركه . فإذا قتل الإمام مورثه حدّاً بالرجم ، أو في المحاربة ، ففي منعه أوجه . الثالث : إن ثبت بالبينة ، منع . وإن ثبت بالإقرار ، فلا ، لعدم التُّهمة .

قلت : الأصح المنع مطلقاً ، لأنه قاتل . والله أعلم .

النوع الثاني : ما يسوغ تركه ، كالقصاص ، فيه خلاف مرتب على قتل الإمام حداً ، وأولى بالحرمان .

ولو شهد على مورثه بما يوجب الحد أو القصاص ، فقتل بشهادته ، أو شهد على إحصانه ، وشهد غيره بالزنا ، أو زكى الشهود بالزنا على مورثه ، فهو كما إذا قتله قصاصاً .

القسم الثاني : ما لا يوصف بأنه مستحق مقصود ، كقتل الصائل والباغي ، ففيه خلاف مرتب على القصاص ، وأولى بالحرمان ، والباغي أولى بالحرمان من العادل . والمذهب وظاهر نص الشافعي رضي الله عنه في الصور كلِّها : منع الإرث . قال الروياني : لكن القياس والاختيار : أن ما لا ضمان فيه لا يمنع .

فرع : قد يرث المقتول من قاتله ، بأن جرح مورِّثه ثم مات قبل المجروح .

المانع الرابع : استبهام وقت الموت . فإذا مات متوارثان بغرق ، أو حريق ، أو تحت هدم ، أو في بلاد غُربة ، أو وجدا قتيلين في معركة ، فله خمس صور .

إحداها : أن نعلم سبق موت أحدهما بعينه ، وحكمه ظاهر .

الثانية : أن نعلم التلاحق ولا نعلم السابق .
الثالثة : أن نعلم وقوع الموتَتين معاً .

الرابعة : أن لا نعلم شيئاً ، ففي هذه الصور الثلاث لا نورِّث أحدهما من صاحبه ، بل نجعل مال كل واحد لباقي ورثته ، لأنَّا لا نتيقن استحقاق واحد منهما ، ولأنَّا إن ورَّثنا أحدهما فقط ، فهو تحكم . وإن ورّثنا كلاًّ من صاحبه ، تيقَّنَّا الخطأ . وقيل : إذا تلاحق الموتان ، ولم يعلم السابق ، أعطي كل وارث ما يُتيقن له ، ويوقف المشكوك فيه ، قاله ابن اللبان ، وحكاه عن ابن سريج . والصحيح المعروف الأول ، وهو أنه لا فرق ، ويصرف الجميع إلى الورثة .

الخامسة : أن يُعلم سَبْق موته ، ثم يلتبس ، فيوقف الميراث حتى يتبين أو يصطلحا ، لأن التذكُّر غير مأيوس منه ، هذا هو الصحيح الذي عليه الأصحاب[1] . وفيه وجه : أنه كما لو لم يعلم السابق ، وإليه ميل الإمام .

المانع الخامس : الدَّور ، وهو أن يلزم من التوريث عدمه . ومثاله : أقر الأخ بابن لأخيه الميت ، ثبت نسبه ولا يرث ، وقد سبقت المسألة في كتاب الإقرار . ولو أوصى بعبده لأبي العبد ، فمات الأب قبل القبول ، وقَبِلها أخوه ، يعتق العبد ولا يرث ، وسيأتي بيانها في كتاب الوصية إن شاء الله تعالى . ولو اشترى المريض أباه ، عتق ولم يرث[2] . ولو ادعى شخص نسباً على ورثة ميت ، فأنكروا ونكلوا عن

---

(١) ما نقله عن الأصحاب هو أحد احتمالي الشيخ أبي محمد اختاره ولده الإمام وقطع به الغزالي في الوسيط والبندنيجي في المعتمد ، وإطلاق الروياني في الحلية يقتضيه وقد أنكر ذلك على الوسيط ابن الصلاح في مشكله .
وقال النووي في التنقيح ، ممن قطع بالوقف إلى أن يبين في صورة النسيان الشيخ أبو حامد الاسفراييني وصاحب الشامل والمهذب والبيان وغيرهم من العراقيين والخراسانيين .

(٢) هذه المسألة ذكرها الشيخ في باب الوصية وأمعن في النظر ثم قال : متى حكمنا بعتقه من الثلث لا يرثه لأنه وصية ولا سبيل إلى الجمع بينها وبين الإرث . هكذا أطلقوه وكأنه تفريع على بطلان الوصية لوراث . فإن قلنا نقف على إجازة الوارث لم يمتنع الجمع بينها وبين الإرث فيحتمل توقف الأمر على الإجازة ويحتمل خلافه وسأعيد الكلام على هذه المسألة هناك إن شاء الله تعالى ، وأذكر أن أبا علي الفارقي صرح بذلك . أعني بأن عدم الإرث على القول ببطلان الوصية للوراث ، ولكلامه بقية تذكر هناك مع ما يسر الله تعالى بذكره ، فإن هذه المسألة مهمة كثيرة الوقوع . قاله البكري .

اليمين ، حلف وورث معهم إن لم يحجبهم . وإن كان يحجبهم ، فوجهان . أصحهما : لا يرث ، وإلا ، لبطل نكولهم ويمينه .

ولو ملك أخاه ، ثم أقر في مرض موته أنه كان أعتقه في الصحة ، قال البغوي : ينفذ ، ثم إن صححنا الإقرار للوارث ، ورثه ، وإلا ، فلا ، لأن توريثه يوجب إبطال الإقرار بحريته . وإذا بطلت ، بطل الإرث .

الباب السادس
في أسباب تمنع صرف المال إليه في الحال للشك في استحقاقه

هي أربعة .

الأول[1] : الشك في الوجود ، كمن مات وله قريب مفقود لا يعلم حياته ولا موته ، وفيه مسألتان .

إحداهما : في التوريث منه .

فالمفقود : الذي انقطع خبره وجُهل حاله في سفر أو حضر ، في قتال أو عند انكسار سفينة أو غيرهما ، وله مال ـ وفي معناه : الأسير الذي انقطع خبره ـ فإن قامت بينة على موته ، قسم ميراثه ، وإلا ، فوجهان . أحدهما وهو اختيار أبي منصور وغيره : أنه لا يقسم ماله حتى يُتحقق حاله . وأصحهما وبه قطع الأكثرون : أنه إذا مضت مدة يحكم الحاكم بأن مثله لا يعيش فيها ، قسم ماله ، وهذه المدة ليست مقدَّرة عند الجمهور . وفي وجه شاذ : تتقدر بسبعين سنة ، ويكفي ما يغلب على الظن أنه لا يبقى إليه ، ولا يشترط القطع بأنه لا يعيش أكثر منها على الصحيح . وقيل : يشترط . ويجوز أن يراد بهذا القطع غلبة الظن . ثم إن كانت القسمة بالحاكم ، فقسمتُه تتضمن الحكم بالموت ، وإن اقتسموا بأنفسهم ، فظاهر كلام الأصحاب في اعتبار حكمه مختلف ، فيجوز أن يقال : فيه خلاف ، إن اعتبرنا القطع ، فلا حاجة إلى الحكم ، وإلا ، فلا بد منه ، لأنه في محل الاجتهاد . وإذا مضت المدة المعتبرة ، وقُسِم ماله ، فهل لزوجته أن تتزوج ؟ مفهوم كلام الأصحاب دلالة وصريحاً : أن لها ذلك ، وأن المنع على قول الجديد مخصوص بما قبل هذه

---

(١) في ط السبب الأول .

المدة . ألا ترى أنهم ردُّوا على القديم[١] حيث قالوا : إذا لم يجز الحكم بموته في قسمة ماله وعِتِق أمهات أولاده ، لم يجز الحكم به في فراق زوجته ، فأشعر بأنهم رأوا الحكمين متلازمين . وعلى هذا ، فالعبد المنقطع الخبر بعد هذه المدة ، لا تجب فطرته ، ولا يجزىء عن الكفارة بلا خلاف . وموضع القولين ما قبل ذلك . ثم إنَّا ننظر إلى من يرثه حين حكمِ الحاكم بموته ، ولا يورَّث منه من مات قبيل الحكم ولو بلحظة ، لجواز أن يكون موت المفقود بين موته وبين حكم الحاكم . وأشار العبادي في « الرقم » إلى أنه لا يشترط أن يقع حكم الحاكم بعد المدة ، فقال : يضرب له الحاكم مدة لا يعيش في الغالب أكثر منها ، فإذا انتهت ، فكأنه مات ذلك اليوم .

المسألة الثانية : في توريثه . فإذا مات له قريب قبل الحكم بموته ، نظر ، إن لم يكن له وارث إلا المفقود ، توقفنا حتى يبين أنه كان عند موت القريب حياً أو ميتاً . وإن كان له وارث غير المفقود ، توقفنا في نصيب المفقود ، وأخذنا في حق كل واحد من الحاضرين بالأسوإ ، فمن يسقط منهم بالمفقود ، لا يعطى شيئاً حتى يبين حاله[٢] ، ومن ينقص حقه بحياته ، يقدر في حقه حياته ، ومن ينقص حقه بموته ، يقدَّر في حقه موته . ومن لا يختلف نصيبه بحياته وموته ، يعطى نصيبه .

مثاله : زوج مفقود ، وأختان لأب وعم حاضرون ، فإن كان حيّاً ، فللأختين أربعة من سبعة ، ولا شيء للعم . وإن كان ميتاً ، فلهما اثنان من ثلاثة ، والباقي للعم ، فيقدر في حقهم حياته .

أخ لأب مفقود ، وأخ لأبوين وجد حاضران ، فإن كان حياً ، فللأخ الثلثان ،

---

(١) في ط القول القديم .

(٢) قال الشيخ جلال الدين البلقيني : بقي قسم رابع وهو من يستحق بتقدير حياته فيقدر في حقه موته . مثاله : بنتان وبنت ابن وابن ابن ابن غائب وأخ شقيق حاضر . فإن بنت الابن إن كان ابن الابن حياً استحقت ، وإن كان ميتاً لم تستحق فيقدر في الأولى موته ، وفي الثانية حياته ، فإن قيل ما مثال من ينقص حقه بتقدير موته . قلنا : مثاله بنتان وأبوان وزوجة وابن غائب ، فإن قدرنا موته كانت المنبرية بعينها وإن قدرنا حياته كان للزوج الثمن وللأب السدس وللأم السدس ، والباقي للذكر مثل حظ الأنثيين ولكن الأحوط هو الأول لأن به ينقص نصيب الأب والأم والزوجة ، وقول الشيخ « قسم رابع » هذا قسم خامس فليتأمل .

وللجد الثلث . وإن كان ميتاً ، فالمال بينهما بالسوية ، فيقدر في حق الجد حياته ، وفي حق الأخ موته .

أخ لأبوين مفقود ، وأختان لأبوين وزوج حاضرون ، فإن كان حياً ، فللزوج النصف ، والباقي بينهم ، فيكون للأختين الربع . وإن كان ميتاً ، فللزوج ثلاثة من سبعة ، وللأختين أربعة من سبعة ، فيقدر في حق الزوج موته ، وفي حق الأختين حياته .

ابن مفقود ، وبنت وزوج ، للزوج الربع بكل حال . هذا الذي ذكرناه في كلِّ الصور وهو الصحيح وظاهر المذهب . وفي وجه : يقدر موته في حق الجميع ، لأن استحقاق الحاضرين معلوم ، واستحقاقه مشكوك فيه . فإن ظهر خلافه ، غيَّرنا الحكم . وفيه وجه آخر : تقدر حياته في حق الجميع ، لأن الأصل حياته . فإن ظهر خلافه ، غيرنا الحكم .

السبب الثاني : الشك في النسب . فإذا أشكل نسب مولود ، بأن وطىء اثنان فصاعداً امرأةً بشبهة ، فأتت بولد يمكن كونه من كل واحد ، أو ادعى اثنان فصاعداً مجهولاً ، فسيأتي في موضعه إن شاء الله تعالى : أنه لا يُلحَق إلا بواحد ، بأن يُعْرض على القائف . فلو مات في زمن الإشكال ، وقفنا من ماله ميراث أب . وإن مات أحد الواطئين ، وقفنا من ماله ميراث المولود ، وأخذنا في نصيب كل من يرث معه لو ثبت نسبه بالاسوإ ، كما سبق في المفقود .

السبب الثالث : الحمل ، ونعني به كل حمل لو كان منفصلاً ، لورث منه ، إما مطلقاً ، وإما على تقدير . وهذا الحمل ، قد يكون من الميت ويرث لا محالة ، وقد يكون من غيره ، كما إذا كانت أمه حاملاً من غير أبيه ، أو من أبيه والأب ميت ، أو ممنوع برقٍّ ونحوه ، وكذا زوجة ابنه أو أخيه أو جده والحمل من غيره ، قد لا يرث إلا على تقدير الذكورة ، كحمل امرأة الأخ والجد ، وقد لا يرث إلا على تقدير الأنوثة ، كما إذا ماتت عن زوج وأخت لأبوين وحمل من الأب ، وفيه فصلان .

الأول[1] : فيما بعد الانفصال ، وإنما يرث بشرطين .

أحدهما : أن يعلم وجوده عند الموت . فإذا كان الحمل منه ، وانفصل لما بين

---

(١) في ط الفصل الأول .

موته وبين أكثر مدة الحمل ، ورث ، لثبوت نسبه ، وإن انفصل لِما بعد ذلك ، لم يرث . وإن كان من غيره ، نظر ، إن لم يكن لها زوج يطؤها ، فالحكم كما لو كان منه قطعاً . وإن كان زوج يطؤها[1] ، فإن انفصل قبل تمام ستة أشهر من وقت الموت ، فقد علم وجوده حينئذٍ . وإن انفصل لستة أشهر فأكثر ، لم يرث ، لاحتمال أن العلوق حصل بعده ، إلا أن يعترف جميع الورثة بوجوده عند الموت .

وإذا مات حر عن أب رقيق تحته حرة حامل ، فإن ولدت قبل ستة أشهر من يوم الموت ، ورث المولود من أخيه ، لأن الأب رقيق لا يحجبه . وإن ولدت لستة أشهر فصاعداً ، لم يرث ، لاحتمال حدوث العلوق بعد الموت ، إلا أن يتفقوا على وجوده يومئذٍ ، وينبغي أن يمسك الأب عن الوطء حتى يظهر الحال . قال الإمام : ولا يحرم الوطء .

الشرط الثاني : أن ينفصل حياً ، فإن انفصل ميتاً ، فكأن لا حمل ، سواء كان يتحرك في البطن ، أم لا ، وسواء انفصل ميتاً بنفسه أو بجناية وإن كانت الجناية توجب الغُرة ، وتصرف الغُرة إلى ورثة الجنين ، لأن إيجاب الغرة لا يتعين له تقدير الحياة ، ألا ترى إلى قول الأصحاب : الغرة إنما وجبت لدفع الجاني الحياة مع تهيُّؤ الجنين لها ، وبتقدير أن يكون وجوب الغرة بتقدير الحياة ، فالحياة مقدرة في حق الجاني فقط تغليظاً ، فتقدر في توريث الغرة فقط . واعلم أنه تشترط الحياة عند تمام الانفصال .

فلو خرج بعضه حياً ، ومات قبل تمام الانفصال ، فهو كما لو خرج ميتاً في الإرث وسائر الأحكام . حتى لو ضرب بطنها بعد خروج بعضه ، وانفصل ميتاً ، فالواجب الغرة دون الدية . هذا هو الصحيح الذي عليه الجماهير . وعن القفال وغيره : أنه إذا خرج بعضه حياً ، ورث وإن انفصل ميتاً ، وبه قال أبو خلف الطبري من أصحابنا . ولو مات عقب انفصاله حياً حياة مستقرة ، ورث ، ونصيبه لورثته . وتعلم الحياة المستقرة : بصراخه ، وكذا بالبكاء ، أو العُطاس ، أو التثاؤب ، أو امتصاص الثدي ، لدلالتها على الحياة . وحكى الإمام اختلاف قول في الحركة

---

(١) وصورته أن بموت حر عن أب رقيق تحته حرة حامل أو عن أب كافر أسلمت زوجته وهي حامل فالأب لا يحجب لقيام المانع فيه أو عن أم حامل من غير أبيه .

والاختلاج ، ثم قال : وليس موضع القولين ما إذا قبض اليد وبسطها ـ فإن هذه الحركة تدل على الحياة قطعاً ـ ولا الاختلاج الذي يقع مثله لانضغاط وتقلص عصب فيما أظن ، وإنما الاختلاف فيما بين هاتين الحركتين(١) . والظاهر : كيفما قُدِّر الخلاف : أن ما لا تعلم به الحياة ، ويمكن أن يكون مثله لانتشار بسبب الخروج من المضيق ، أو لاستواء عن التواء ، فلا عبرة به ، كما لا عبرة بحركة المذبوح .

فرع : لو ذُبح رجل ، فمات أبوه وهو يتحرك ، لم يرثه المذبوح على الصحيح . وحكى الروياني وجهاً : أنه يرث . وحكى الحناطي قريباً منه عن المزني .

قلت : هذا الوجه غلط ظاهر ، فإن أصحابنا قالوا : من صار في حال النزع ، فله حكم الميت(٢) ، فكيف الظن بالمذبوح . والله أعلم .

الفصل الثاني : فيما قبل الانفصال ، ومتى ظهرت مخايل الحمل ، فلا بد من التوقف كما سنفصله إن شاء الله تعالى . وإن لم تظهر مخايله ، وادعت المرأة الحمل ، ووصفت علامات خفية ، ففيه تردد للإمام . والظاهر : الاعتماد على قولها(٣) . وطرد التردُّد فيما إذا لم تدَّعه لكنها قريبة عهد بالوطء واحتمال الحمل قريب . إذا عرف هذا ، فإن لم يكن للميت وارث سوى الحمل المنتظر ، وقفنا المال إلى أن ينفصل . وإن كان له وارث آخر ، ففي وجه حكاه الفوراني ، وحكاه الشيخ أبو خلف قولاً عن رواية الربيع : إنه يوقف جميع المال . والصحيح المشهور : أنه لا

---

(١) وهذا الذي ظنه صرح به صاحب التقريب فقال : قد يعرف حياته بالحركة إلا أن تكون حركته نحو اختلاج اللحم فلا يجعل بذلك حياً . انتهى .

(٢) قال الشيخ البلقيني : ما نقله المصنف عن الأصحاب يخالفه أنه جزم في الجنايات بأن قاتله يقتل ولم يعطه حكم الميت ، وفي كلام حكيناه عن القاضي الحسين في الجنايات أنه لا يقتل قاتله ولم يذكره المصنف .

(٣) عجيب منه في حكايته هذا الخلاف تردد ، وهو قد حكاه في الجنايات وجهين مشهورين والشافعي نص في الأم على المسألة وأنه يعتمد عليها ، وقال العجلي في مقدمة له في الفرائض ، فإن قيل كيف ينتظر بمجرد قولها أربع سنين وربما تكون كاذبة ، قلنا إن ظهرت مخايل الحمل أو كانت موطوءة وطأً يحمل العلق فلا بد من الوقف للعلامة وإن لم تظهر علامته فالأولى الوقف لأنها أعرف بالعلامات وهي مؤتمنة على ما في رحمها .

يوقف الجميع ، بل ينظر في الورثة الظاهرين ، فمن احتمل حجبه بالحمل ، لم يدفع إليه شيء ومن لا يحجبه الحمل بحال وله مقدر لا ينقص ، دفع إليه . وإن أمكن العول ، دفع إليه ذلك القدر عائلاً .

مثاله : زوجة حامل ، وأبوان ، يدفع إليها ثُمن عائل ، وإليهما سدسان عائلان ، لاحتمال أن الحمل بنتان . وإن لم يكن له نصيب مقدر كالأولاد ، فالصرف إليهم مبني على أن أقصى عدد الحمل هل له ضبط ؟ وفيه وجهان . الأصح أو الصحيح : أنه لا ضبط له ، وبه قال شيخا المذهب : أبو حامد ، والقفال ، والعراقيون ، والصيدلاني ، والقاضي حسين ، لأنه وُجد خمسة في بطن واثنا عشر في بطن . والثاني : أن أقصى الحمل أربعة ، وبهذا قطع ابن كج والغزالي ، وجعله الفرضيون قياس قول الشافعي رضي الله عنه ، وأرادوا أن الشافعي رضي الله عنه ، يتبع في مثل ذلك الوجود ، وأكثر الذي وجد أربعة ، لكن هذا الذي قالوه مشكل بما نقله الأولون . فعلى الأول : لو خلف ابناً وأم ولد حاملاً ، لم يُصرف إلى الابن شيء . ولو خلف ابناً وزوجة حاملاً ، فلها الثمن ، ولا يُدفع إلى الابن شيء . وعلى الثاني : له الخمس أو خمس الباقي على تقدير أنهم أربعة ذكور . وعلى هذا ، هل يمكَّن الذين صرف إليهم حصتهم من التصرف فيها ؟ وجهان . أصحهما : نعم ، وإلا ، لم يدفع إليهم . والثاني : المنع ، قال القفال : لأنه قد يهلك الموقوف للحمل ، فيحتاج إلى الاسترداد ، والحاكم وإن كان يلي أمر الأطفال ، فلا يلي أمر الأجنّة ، فلا يمكن حمل ما جرى على القسمة . ثم الموقوف للحمل على الوجه الثاني ، قد يكون بتقدير الذكورة أكثر ، وقد يكون بتقدير الأنوثة أكثر ، بأن خلّفت زوجاً وأماً حاملاً من أبيها ، فإن كان الحمل ذكراً ، فله سدس المال . وإن كانوا ذكوراً ، فثلث المال . وإن كان انثيين ، عالت المسألة إلى ثمانية ، فيدفع إلى الزوج ثلاثة من ثمانية ، وإلى الأم سهم ، ويوقف أربعة .

فرع : مات كافر عن زوجة حامل ، وقفنا الميراث للحمل ، فأسلمت ، ثم ولدت ، ورث الولد وإن كان محكوماً بإسلامه ، لأنه كان محكوماً بكفره يوم الموت .

فرع : مات عن ابن وزوجة حامل ، فولدت ابناً وبنتاً ، فاستهل أحدهما ووجدا ميتين ، ولم يعلم المستهل ، أعطي كل وارث أقل ما يصيبه ، ويوقف الباقي

حتى يصطلحوا ، أو تقوم بيِّنة .

السبب الرابع : [الخنوثة] سبق في كتاب الطهارة ، بيان ما تعرف به ذكورته وأنوثته . فلو مات له مورِّث في مدة إشكاله ، نظر ، إن لم يختلف ميراثه بالذكورة والأنوثة ، كولد الأم والمعتِق ، ورث . وإن اختلف ، أخذ في حق الخنثى ومن معه من الورثة باليقين ، ويوقف المشكوك فيه ، فإن كان يرث على أحد تقديري الأنوثة والذكورة ، دون الآخر ، لم يدفع إليه شيء ، ووقف ما يرثه على ذلك التقدير . وكذا من يرث معه على أحد التقديرين . وإن كان الخنثى يرث على التقديرين ، لكن يرث على أحدهما أقل ، دفع إليه الأقل ، ووقف الباقي ، وكذلك في حق من يرث معه على التقديرين ، ويختلف قدر ما يأخذه . وإن كان مَنْ معه يرث على التقديرين ، ولا يختلف حقه ، دفع إليه حقه . ولنا وجه : أنه يؤخذ في حق الخنثى باليقين ، ويصرف الباقي إلى باقي الورثة ، حكاه الأستاذ أبو منصور[1] ، ونسبه ابن اللبان إلى تخريج ابن سريج . وحكى وجهين ، في أنه هل يؤخذ من باقي الورثة ضمين ؟

فرع : المال الموقوف بسبب الخنثى ، لا بد من التوقف فيه ما دام الخنثى باقياً على إشكاله . فإن مات ، فالمذهب : أنه لا بد من الاصطلاح عليه . وحكى أبو ثور عن الشافعي رضي الله عنه : أنه يردّ إلى ورثة الميت الأول .

فرع : لو اصطلح الذين وقف المال بينهم على تساوٍ أو تفاوت[2] ، جاز ،

---

(١) ما حكاه وجهاً روي قولاً ، فذكر ابن سراقة في كتاب ، الكشف عن أُصول الفرائض أن بعض أصحابنا حكى للشافعي أربعة أقوال في ميراث الخنثى .
أحدها : أنه أنثى بكل حال على ما قاله في الديات .
والثاني : ما رواه الربيع في كتاب النكاح أنه يرجع إلى قوله أي إذا كان بالغاً عاقلاً .
والثالث : أنه يدفع إليه أقل النصيبين ويدفع الباقي إلى الورثة ويؤخذ منهم ضمين قياساً على قوله في كتاب الدعوى أنه إذا أقام بينة أنه أخو الميت ووارثه دفع إليه المال بعد الإستكشاف وأخذ ضمين .
والرابع : أنه يدفع إلى كل ولده أقل ما يمحضه نصيبه وتوقف الباقي . قال ، والأصح أن المسألة في ذلك على قول واحد وهو أنه يوقف الباقي كذلك . (رواه عنه الربيع والمزني وأبو ثور وغيرهم) . انتهى .

(٢) وليس المعنى من الصلح إلا أن كلاً منهم وهب من الآخر ، فينبغي أن يكتفي بمجرد الصلح إذا قصد به الهبة ولا يحتاج إلى التصريح بها .

قال الإمام : ولا بُد أن يجري بينهما تواهب ، وإلا لبقي المال على صورة التوقف ، وهذا التواهب لا يكون إلا عن جهالة ، لكنها تحتمل للضرورة . ولو أخرج بعضهم نفسه من البَيْن ، ووهبه لهم على جهل بالحال ، جاز أيضاً .

فرع : لو قال الخنثى في أثناء الأمر : أنا رجل ، أو قال : أنا امرأة ، قطع الإمام بأنه يقضى بقوله ، ولا نظر إلى التهمة ، فإنه لا اطلاع عليه إلا من جهته . وحكى أبو الفرج السرخسي هذا عن نصه هنا ، قال : ونص فيما إذا جُني عليه واختلف الجاني والخنثى في ذكورة الخنثى : أن القول قول الجاني . ومنهم من نقل وخرَّج ، ومنهم من فرق بأنا عرفنا هناك أصلاً ثابتاً ، وهو براءة ذمة الجاني ، فلا نرفعه بقوله ، وهنا بخلافه . وإذا قبلنا قوله ، حلَّفناه عليه[1] .

فرع في أمثلة مختصرة توضح مسائل الخنثى : بنتان ، وولد ابن خنثى ، وأخ ، للبنتين الثلثان ، ويوقف الباقي .

ولد خنثى ، وأخ أو عم ، للخنثى النصف ، ويوقف الباقي .

ولد خنثى ، وابن ، يعطى الابن النصف ، والخنثى الثلث .

ولد خنثى ، وابنان ، يعطى الخنثى الخمس ، والابنان الثلثين .

ولد خنثى ، وبنت ، وعم ، يعطى الخنثى الثلث ، وكذا البنت .

زوج ، وأب ، وولد خنثى ، للزوج الربع ، وللأب السدس ، وللخنثى النصف .

زوج ، وأم ، وولد أب خنثى ، للزوج النصف عائلاً من ثمانية ، وللأم الثلث

= وقال ابن الرفعة : قوله لا بد أن يجري بينهم تواهب صحيح . لكن قوله هذا بالتواهب لا يكون إلا عن جهالة تحتمل للضرورة .

(١) قال في الخادم : قضيته أن الراجح القبول ، وقد صححه النووي في آخر باب الحصانة من زوائده ونقله في الروضة في باب الأحداث عن الأصحاب كما لو أخبر خنثى ببلوغه للإمكان فإنه يقبل لكن حكيا الخلاف في باب الجنايات في باب ما يشترط فيه مساواة القتيل للقاتل في الكلام على ما إذا قطع ذكره وادعى أنه ذكر بالميل وطلب دية الذكر وجهين واقتضى كلامهما تصحيح عدم القبول للتهمة . وصرح بتصحيحه في الشرح الصغير هناك وكذا صحح النووي في باب الأحداث من التحقيق وشرح المهذب . انتهى ما أردته .

عائلاً ، وللخنثى سدس تام . وإذا اجتمع ولدان خنثيان ، فلهما الثلثان ، ويوقف الباقي .

ثلاثة أولاد خناثى ، وعم ، لكل واحد من الخناثى خمس المال لاحتمال أنه أنثى وصاحباه ذكران .

ابن وخنثيان ، يدفع إليه الثلث ، وإلى كل واحد منهما الخمس .

ولد خنثى ، وولد ابن خنثى ، فللولد النصف .

بنت ، وبنت ابن ، وولد ابن خنثى ، وعم ، للبنت النصف ، ولولدي الابن السدس بالسوية .

ثلاثة أولاد ابن خناثى بعضهم أسفل من بعض ، للأول النصف .

والباقي في كل هذه الصور يوقف حتى يبين الحال .

الباب السابع
في ميراث ولد الملاعنة وولد الزنا والمجوس

فيه ثلاثة فصول .

[الفصل] **الأول**[١] : اللعان يقطع التوارث بين الملاعن والولد ، لانقطاع النسب ، وكذا يقطع التوارث بين الولد وكل من يدلي بالملاعن ، كأبيه وأمه وأولاده[٢] . وفي « السلسلة » للشيخ أبي محمد وجه مخرج : أن اللعان لا يقطع

---

(١) في ط الفصل الأول .

(٢) قال الرافعي : عد الغزالي أن انتفاء النسب باللعان يقطع التوارث بين المتلاعنين والولد وأكثر الأصحاب لا يعدونه من موانع الارث لأنهم يعنون بالمانع ما يجامع سبب الإرث من نسب وغيره كالرق ، واختلاف الدين ، وتساهل في الوسيط في تسميته مانعاً ، وأما ها هنا فلم يأت بلفظ المانع ولكن قال : وما يندفع به الميراث ستة ، والاندفاع قد يكون للمانع ، وقد يكون للسبب فحسن الجمع بين النوعين .

قال في الخادم : وحاصله أنه لا يحسن عد اللعان مانعاً ، فإنهم إنما يعللون بالمانع مع قيام السبب والمسبب هنا وهو الزوجية مفقود .

وجواب هذا من وجهين : أحدهما : أن الراجح في التعليل بالمانع أنه لا يتوقف على وجود المقتضى كما اختاره ابن الحاجب وغيره في الأصول . الثاني : سلمنا ، ولكن السبب هنا وهو النسب في حكم القائم بدليل أن الملاعن لو أكذب نفسه لحق به ولولا أن النسب في حكم القائم لما توارث التوأمان يأخذه الأب وللأم على أحد الوجهين أي وهو الضعيف إلى آخر ما ذكره والرافعي قدم هذه المسألة والشيخ أخرها إلى هنا .

التوارث بين الولد والملاعن ، بناءً على الوجهين في أن الملاعن هل له نكاح البنت التي نفاها باللعان إذا لم يدخل بأمها ؟ [إن قلنا : له ذلك كنكاح بنت الزنا ، فلا يرث ، و][(١)] إن منعناه لأن نسبها يعرض الثبوت ، بأن يكذب نفسه ، ورث ، ولا يعرف هذا الوجه لغيره .

قلت : هذا الوجه غلط ، لأنه في الحال لا نسب . والله أعلم .

وأما الولد مع الأم ، فيتوارثان توارث سائر الأولاد والأمهات . والتوأمان المنفيان باللعان في توارثهما وجهان . الأصح : لا يتوارثان إلا بقرابة الأم ، لانقطاع نسب الأب . والثاني : يتوارثان بأخوة الأبوين ، لأن اللعان يؤثر في حق المتلاعنين فقط ، فإذا قلنا بالأول ، فلا عصبة للمنفي إلا من صُلْبه ، أو بالولاء بأن يكون عتيقاً أو أمُّه عتيقة ، فيثبت الولاء لمولاها عليه ، وعصبة الأم لا يكونون عصبة له .

فرع : إذا نفاه ثم استلحقه ، لحقه . فإن كان بعد موت الولد ، فكذلك ، وتنقض القسمة إن كانت تركته قسمت . حتى لو كان على أمه ولاء ، فأخذ مولاها ميراثه ، كان للمستلحق استرداده ، ولا فرق في اللحوق بين أن يخلف الميت ولداً ، أم لا .

الفصل الثاني : ولد الزنا كالمنفي باللعان ، إلا في ثلاثة أشياء . أحدها : أن الوجه المنقول عن « السلسلة » ، لا يجيء هنا قطعاً . والثاني : أن ولد الزنا لا يلحق بالاستلحاق . الثالث : التوأمان من الزنا لا يتوارثان إلا بأخوة الأم قطعاً . وفي وجه حكاه الحناطي وصاحب « الحاوي » : يتوارثان بأخوة الأبوين .

قلت : هذا الوجه غلط فاحش ، قال الإمام : ولو علقت بتوأمين من واطىء بشبهة ، ثم جهل الواطىء ، توارثا بأخوة الأبوين بلا خلاف . والله أعلم .

الفصل الثالث : فيما إذا اجتمع في شخص قرابتان ، منع الشرع من مباشرة سبب اجتماعهما ، كأم هي أخت ، وذلك يقع في المجوس ، لاستباحتهم نكاح

---

(١) في هامش « ط » من إحدى نسخ الظاهرية وفي هامش نسخة مضبوطة على أصل المؤلف ما نصه بخط المؤلف على الحاشية ما صورته سقط هنا شيء وبخط ابن العطار بجنبه ما نصه في الشرح « إن قلنا له ذلك كنكاح بنت الزنا فلا يرث وإن منعناه من » اهـ .

المحارم ، وربما أسلموا بعد ذلك ، أو ترافعوا إلينا ، وقد يتفق في المسلمين نادراً بغلط واشتباه ، والحكم أنه لا توريث بالقرابتين ، بل يورث بأقواهما . وفي وجه : يرث بهما إن كانتا بحيث لو كانتا في شخصين ورثا معاً ، وبه قال ابن سريج ، وابن اللبان . والصحيح : الأول ، ويعرف الأقوى بكل واحد من أمرين . أحدهما : أن تحجب إحداهما الأخرى، كبنت هي أخت الأم ، أن يطأ أمه فتلد بنتاً . الثاني : أن لا تحجب إحداهما أصلاً ، أو يكون حجبها أقل ، فالأول : كأم هي أخت . والثاني : كأم أم هي أخت ، فترث بالأمومة أو الجدودة ، دون الأخوة ، وعن ابن اللبان وجه : أنها ترث في الصورة الثانية بالأخوة ، دون الجدودة ، لأن نصيب الأخت أكثر ، وليجبر هذا في أخوات الصورة . والصحيح المعروف : الأول ، ولا يرثون بالزوجية بلا خلاف ، لبطلانها .

الباب الثامن
في الرد وذوي الأرحام

أصل المذهب فيهما وما اختاره الأصحاب لضرورة فساد بيت المال ، ذكرناه في أول الكتاب . فإذا قلنا بالردِّ ، فمقصود الفتوى منه أنه إن لم يكن ممن يرد عليه من ذوي الفروض إلا صنف ، فإن كان شخصاً واحداً ، دُفع إليه الفرض ، والباقي بالرد . وإن كانوا جماعة ، فالباقي بينهم بالسوية . وإن اجتمع صنفان فأكثر ، ردَّ الفاضل عليهم بنسبة سهامهم .

وأما الحساب وتصحيح المسائل ، فيذكر إن شاء الله تعالى في باب الحساب .

فصل : وأما توريث ذوي الأرحام[1] ، فالذاهبون إليه منا اختلفوا في كيفيته ، فأخذ بعضهم بمذهب أهل التنزيل ، وبه قطع ابن كج وصاحب « المهذب » والإمام ، لأن القائلين ممن ورّثهم من الصحابة فمن بعدهم رضي الله عنهم أكثر ،

---

(١) وذو الرحم خلاف الأجنبي ، وفي التنزيل ﴿ **وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله إن الله بكل شيء عليم** ﴾ والرحم في الأصل منبت الولد ووعاؤه في البطن ، ثم سميت القرابة والوصلة من جهة الولادة رحماً ومنها ذو الرحم .

وفي الصحاح : والرحم رحم الأنثى وهو مؤنثة ، والرحم القرابة والرحم بالكسر مثله . (الصحاح ١٩٢٩/٥) ، (المقرب ٣٢٥/١) .

ومنهم من أخذ بمذهب أهل القرابة ، وهو مذهب أبي حنيفة رضي الله عنه ، وبه قطع البغوي والمتولي ، وسُمِّي الأوَّلون : أهل التنزيل ، لتنزيلهم كل فرع منزلة أصله ، وسمي الآخرون : أهل القرابة ، لأنهم يورثون الأقرب فالأقرب كالعصبات .

قلت : الأصح الأقيس : مذهب أهل التنزيل ، وللقائلين بتوريث ذوي الأرحام مذاهب غير هذين ، لكن الذي اختاره أصحابنا منها هذان . والله أعلم .

والمذهبان متفقان على أن من انفرد من ذوي الأرحام ، يحوز جميع المال ذكراً كان أو أنثى ، وإنما يظهر الاختلاف عند اجتماعهم . وبيان ذلك في طرفين .

الأول[١] : فيما إذا انفرد صنف منهم ، فمن الأصناف : أولاد البنات ، [وبنات ابنة الابن[٢] ، فأهل التنزيل ينزلونهم منزل البنات] وبنات الابن ، ويقدمون منهم من سبق إلى الوارث ، فإن استووا في السبق إلى الوارث ، قدِّر كأن الميت خلَّف من يُدلون [به] من الورثة واحداً كان أو جماعة ، [ثم] يجعل نصيب كل واحد للمدلين به على حسب ميراثهم لو كان هو الميت ، وقال أهل القرابة : إن اختلفت درجاتهم ، فالأقرب إلى الميت أولى ذكراً كان أو أنثى ، فتقدم بنت البنت على بنت بنت البنت ، وعلى ابن بنت البنت . وإن لم تختلف ، فإن كان فيهم من يدلي بوارث ، فهو أولى ، فتقدم بنت بنت الابن على بنت بنت البنت . هذا إذا أدلى بنفسه إلى الوارث ، أما إذا أدلى بواسطة ، كبنت [بنت] بنت الابن مع بنت بنت بنت البنت ، فلأصحاب أبي حنيفة رضي الله عنه ، فيه اختلاف . والصحيح عندهم : أن لا ترجيح . ومقتضى ما ذكره أصحابنا ، الترجيح ، كما لو أدلى بنفسه . وإن استووا في الادلاء ، ورثوا جميعاً . وكيف يرثون ؟ اختلف فيه أبو يوسف[٣]

---

(١) في ط الطرف الأول .

(٢) في هامش ط : في إحدى نسخ الظاهرية المقابلة على نسخة المؤلف وبنات الابن تصحيحاً وكان أصلها بنات ابنة الابن وشطب بخط أحمر على كلمة ابنة وعلى هامش النسخة ذاتها ما نصه كذا بخط المؤلف وصوابه بنات الابن .

(٣) أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم أول من تلقب قاضي القضاة ، مات ببغداد سنة اثنتين وثمانين ومائة ، وكان من أصحاب الحديث ثم غلب عليه الرأي . وأخذ الفقه عن محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى ثم أبي حنيفة . وولي القضاء لهارون الرشيد . (طبقات الحفاظ ص ١٣٤) ، (العبر ١ / ٢٨٤) .

ومحمد[١]، فقال أبو يوسف: يعتبرون بأنفسهم. فإن كانوا ذكوراً أو إناثاً، سوى بينهم، فإن اختلطوا، فللذكر مثل حظ الانثيين. وقال محمد: ينظر في المتوسطين بينهم وبين الميت من ذوي الأرحام. فإن اتفقوا ذكورة وأنوثة، فالجواب كذلك. وإن اختلفوا، فإما أن يكون الاختلاف في بطن واحد، وإما في أكثر. فإن كان في بطن، قسمنا المال بين بطن الاختلاف، وجعلنا كل ذكر بعدد أولاده الذين يقسم ميراثهم ذكوراً، وكل أنثى بعدد أولادها الذين يقسم ميراثهم إناثاً، ويقسم المال بين الذكور والإناث الحاصلين من هذا التقدير للذكر مثل حظ الانثيين، ثم ما أصاب كل واحد من الصنفين، يقسم بين أولاده للذكر مثل حظ الانثيين. وإن كان الاختلاف في أكثر من بطن، قسم المال بين أعلى بطون الاختلاف كما ذكرنا، ثم ما أصاب كل واحد من الصنفين، قسم على أولاده الذين فيهم الاختلاف على النحو المذكور في البطن الأول، وهكذا يفعل حتى تنتهي القسمة إلى الأحياء. قال النافلون: كل واحد من أبي يوسف ومحمد، يدَّعي أن قوله قول أبي حنيفة رضي الله عنه، والأكثرون صدَّقوا محمداً، لكنْ متأخروهم يفتون بقول أبي يوسف، وكذلك قال البغوي والمتولي: إنه أظهر الروايتين. والمذهبان متفقان على تفصيل الذكر على الأنثى في القسمة. وفي «التتمة» وجه آخر: أنه يسوى بين الذكر والأنثى، قال: وهو اختيار الأستاذ أبي إسحاق الاسفرابيني.

فرع في أمثلة توضح الفرض: بنت بنت، وبنت بنت ابن، المنزلون يجعلون المال بينهما أرباعاً بالفرض والرد، كما يكون بين البنت وبنت الابن، وأهل القرابة يجعلون الجميع لبنت البنت، لقربها.

بنت ابن بنت، وبنت [بنت][٢] ابن، المال للثانية بالاتفاق. أما على التنزيل، فلأن السبق إلى الوارث هو المعتبر. وأما على القرابة، فلأنه المعتبر عند استواء الدرجة.

---

(١) أبو عبد الله محمد بن الحسن الشيباني مولى لبني شيبان، مات بالري سنة سبع وثمانين ومائة وهو ابن ثمان وخمسين سنة. حضر مجلس أبي حنيفة، سنتين ثم تفقه على أبي يوسف، وصنف الكتب الكثيرة ونشر علم أبي حنيفة. (وفيات الأعيان ٣/٣٢٤)، (طبقات الحفاظ ص ١٣٥).

(٢) سقط من الأصل، والمثبت من ط.

بنت بنت ، وابنٌ ، وبنتٌ من بنت أخرى ، المنزلون يجعلون المال من بنتي الصلب تقديراً بالفرض والـرد ، ثم يقولـون : نصف البنت الأولى لبنتها ، ونصف الأخرى لولديها أثلاثاً . وأهل القرابة يجعلون المال بين ثلاثتهم ، للذكر مثل حظ الانثيين . ومحمد لا يخالف في هذه الصورة ، وإنما يخالف فيما إذا اختلفت الأصول الذين هم من ذوي الأرحام .

ابن بنت ، وبنت بنت أخرى ، وثلاث بنات بنت أخرى ، المنزلون يقولون : للابن الثلث ، وللبنت الفردة كذلك ، وللثلاث الثلث أثلاثاً ، وأهل القرابة يجعلون المال بينهم للذكر مثل حظ الانثيين .

بنت بنت بنت ، وبنت ابن بنت ، عند المنزلين وأبي يوسف : المال بينهما بالسوية ، وعند محمد : ثلث المال للأولى ، وثلثاه للثانية .

بنتا بنت بنت ، وثلاث بنات ابن بنت أخرى ، عند المنزلين : للبنتين النصف بالسوية ، وللثلاث النصف أثلاثاً ، وعند أبي يوسف : المال بين الخمس بالسوية ، وعند محمد : يقسم المال بين الذكر والأنثى المتوسطين ، ويقدر الذكر ثلاثة ذكور بعدد فروعه ، والأنثى اثنتين بعدد فرعيها ، فيكون المال على ثمانية ، حصة الذكر ستة ، وهي لبناته بالسوية ، وحصة الأنثى سهمان ، هما لبنتيها .

بنت بنت بنت ، وبنت بنت ابن بنت ، وابن ابن ابن بنت ، عند أبي يوسف : المال بينهم على أربعة ، وعند محمد : يقسم المال أولاً بين أعلى بطني الاختلاف ، وفيه ابنان وبنت ، فكل واحد منهما يعدُّ واحداً ، لأن الفروع آحاد ، فيكون المال بينهم على خمسة ، حصة البنت سهم هو لبنت بنتها ، وحصة الذكرين أربعة أسهم تقسم على ولديهما للاختلاف ، وهما ابن وبنت على ثلاثة ، وأربعةلا تنقسم على ثلاثة ، فتضرب ثلاثة في خمسة ، تكون خمسة عشر ، كان للبنت في القسمة الأولى سهم ، فلها الآن ثلاثة ، وكان لكل واحد من الابنين سهمان ، فيكون ستة . فيجمع بينهما ، فيكون اثني عشر ، يقسم بين ولديهما للذكر مثل حظ الانثيين . فإذاً لبنت بنت البنت ثلاثة من خمسة عشر ، وللأخرى أربعة من خمسة عشر ، وللابن الثمانية الباقية .

فصل : ومن الأصناف ، بنات الاخوة ، وبنو الاخوة للأم ، وأولاد الأخوات ، فالمنزِّلون ينزلون كل واحد منزلة أبيه ، أو أمه ، ويرفعونهم عند التسفل بطناً بطناً ، فمن سبق إلى وارث قدَّموه ، فإن استووا في الانتهاء إلى الوارث ، قسم المال بين الأصول ، فما أصاب كل واحد ، قسم بين فروعه . وقال أهل القرابة : إن اختلفوا في الدرجة ، قدِّم منهم الأقرب إلى الميت من أي جهة كان ، حتى تقدَّم بنت الأخت للأب أو للأم على بنت ابن الأخ من الأبوين . وإن لم يختلفوا في الدرجة ، فالأقرب إلى الوارث أولى من أي جهة كان ، حتى تقدَّم بنت ابن الأخ من الأب على بنت ابن الأخت من الأبوين . فإن استووا فيه أيضاً ، فعند أبي حنيفة وأبي يوسف رضي الله عنهما : يقدَّم من كان من الأبوين ، ثم من كان من الأب ، ثم من كان من الأم ، رعاية لقوَّة القرابة ، ولا ينظر إلى الأصول ومن يسقط منهم عند الاجتماع ومن لا يسقط . وعند محمد : يقدم من كان من الأبوين على من كان من الأب ، ولا يقدم على من كان من جهة الأم ، اعتباراً بالأصول .

فرع : أولاد الاخوة والأخوات من الأم ، يسوَّى بينهم في القسمة عند الجمهور من المنزلين وأهل القرابة . قال الإمام : وقياس المنزلين تفضيل الذكر ، لأنهم يقدِّرون أولاد الوارث كأنهم يرثون منه . وأما أولاد الاخوة والأخوات من الأبوين ومن الأب ، فيفضَّل ذكرهم عند المنزلين . وعن أبي حنيفة رضي الله عنه روايتان . أظهرهما وبها قال أبو يوسف : إن الجواب كذلك . والثانية وبها قال محمد : إنه يقسم المال بين الأصول أولاً ، ويؤخذ عددهم من الفروع ، فما يصيب كل واحد منهم يجعل لفروعه كما سبق في أولاد البنات .

فرع في أمثلته : بنت أخت ، وابنا أخت أخرى ، وهما من الأبوين ، أو من الأب ، عند المنزلين : نصف المال للبنت ، ونصفه للابنين . وقال أهل القرابة : المال بينهم على خمسة .

قال المنزلون ومحمد : السدس لبنت الأخ من الأم ، والباقي لبنت الأخ من الأبوين ، اعتباراً بالآباء .

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف رضي الله عنهما : المال كله لبنت الأخ من الأبوين . ثلاث بني أخوات متفرقات . قال المنزلون ومحمد : المال بينهم على

خمسة ، كما يكون بين أمهاتهم بالفرض والرد . وقال أبو حنيفة وأبو يوسف رضي الله عنهما : المال كله لابن الأخت من الأبوين .

ولو كان بدلهم ثلاث بنات أخوات متفرقات ، كان جواب الفريقين كذلك .

ولو اجتمع البنون الثلاثة والبنات الثلاث . قال المنزلون : المال بين أمهاتهم على خمسة بالفرض والرد ، فنصيب الأخت من الأبوين لولديها أثلاثاً ، ونصيب الأخت من الأب كذلك ، ونصيب الثالثة لولديها بالسوية .

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف رضي الله عنهما : الكل لولدي الأخت من الأبوين . وقال محمد : يجعل كأن في المسألة ست أخوات ، اعتباراً بعدد الفروع ، فيكون للأخت من الأم الثلث بتقديرها أختين ، وللأخت من الأبوين الثلثان بتقديرها أختين ، فحصة كل واحدة لولديها ، هذه بالتفضيل ، وتلك بالسوية . قال الإمام : قد نظر محمد هنا إلى الأصول الوارثين ، وفي أولاد البنات لم ينظر إلى الوارثين ، وإنما نظر إلى بطون الاختلاف من ذوي الأرحام كما سبق .

ابن أخت من الأبوين ، وبنت أخ ، كذلك عند المنزلين ومحمد : الثلثان لبنت الأخ ، والثلث لابن الأخت . وقال أبو حنيفة وأبو يوسف رضي الله عنهما بالعكس .

فصل : ومن الأصناف ، الأجداد الساقطون ، والجدات الساقطات ، فالمنزلون ينزلون كل واحد منهم منزلة ولده بطناً بطناً ، ويقدمون منهم من انتهى إلى الوارث أولاً . فإن استويا في الانتهاء ، قسم المال بين الورثة الذين انتهوا إليهم ، وقسمت حصة كل وارث بين المدلين به . وقال أهل القرابة : إن اختلفت درجاتهم ، فالمال للأقرب من أي جهة كان ، حتى يقدم أبو الأم على أبي أم الأب . وأم أبي الأم على أبي أبي الأم ، فإن استووا في الدرجة ، لم يقدم هنا بالسبق إلى الوارث على المشهور من مذهب أبي حنيفة رضي الله عنه . ومن أصحابه من قدم به ، فإن لم يُقدّم به ، أو قدم واستووا في السبق إليه ، نظر ، إن كان الكل من جهة أبي الميت ، فرواية الجوزجاني[1] وهي الأظهر : أنه يجعل ثلثا المال لمن هو من جهة أبي الأب ،

---

(١) روى عن أبي يوسف ومحمد الكتب ، وعرض المأمون عليهما القضاء فأبيا ولم يتقلداه . (طبقات الحفاظ ص ١٣٧) ، الجواهر المضيئة ٢/١٧٧) .

وثلثه لمن هو من جهة أم الأب . ورواية عيسى بن أبان[١] : كل المال لمن هو من أبيه ، ويسقط به من هو من جهة الأم . وإن كان الكل من جهة أم الميت ، اطردت الروايتان في أنه يسقط من هو من جهة أمها ، أم يجعل المال بين من هو من جهة أبيها ومَن هو من جهة أمها أثلاثاً ؟ وإن كان بعضهم من جهة أب الميت ، وبعضهم من جهة أمه ، قسم المال بين الجهتين أثلاثاً ، وجعل كل قسم كأنه كل التركة ، وأهل كل جهة كأنهم كل الورثة ، فتجيء فيهم الروايتان . ثم قسمة الثلثين على من هو من جهة الأب للذكر مثل حظ الانثيين ، وقسمة الثلث على من هو من جهة الأم كمثل ذلك ، قاله البغوي في « التهذيب » .

فرع في أمثلته : أم أبي الأم ، وأبو أم الأم . عند المنزلين : المال لأبي أم أم الأم ، لأنه أسبق إلى الوارث ، وعلى رواية الجوزجاني : الثلثان لأم أبي الأم ، والثلث لأبي أم الأم ، وعلى رواية عيسى : الكل لأم أبي الأم .

أب أم أب ، وأبو أبي أم . عند المنزلين : المال للأول ، وعلى رواية عيسى : للثاني ، وعلى رواية الجوزجاني : الثلثان للثاني ، والثلث للأول .

أب أبي أم ، وأبو أم أب ، قال المنزلون : المال للثاني ، وكذلك الجواب عند من رجح بالسبق إلى الوارث من أهل القرابة . وأما[٢] الظاهر عندهم ، فالثلثان للثاني ، والثلث للأول .

أبو أم أم ، وأبو أم أب . عند المنزلين : المال بينهما نصفان ، كما يكون بين أم الأم وأم الأب فرضاً ورداً . وعند أهل القرابة : الثلث للأول ، والثلثان للثاني .

أبو أبي أم ، وأم أبي أم ، وأبو أم أم . عند المنزلين : المال للثالث ، وعلى رواية عيسى : للأوَّلَين . وعلى رواية الجوزجاني : الثلثان بين الأولَين للذكر مثل حظ الانثيين ، والثلث للثالث .

---

(١) هو عيسى بن أبان بن صدقة ، أبو موسى ؛ كان من أصحاب الحديث ثم غلب عليه الرأي وتفقه على محمد بن الحسن .
قال أبو حازم القاضي : ما رأيت لأهل البصرة حدثاً أذكى من عيسى بن أبان وبشر بن الوليد . (طبقات الحفاظ ص ١٢٧) ، (الجواهر المضيئة ١/٤٠١) .

(٢) سقط في ط .

أبو أبي أم أب ، وأم أبي أم الأب ، وأبو أبي أبي أم ، وأم أبي أبي الأم ، قال المنزلون : المال للأولَين . وقال أهل القرابة : الأولان من جهة الأب ، والآخران من جهة الأم ، فيجعل المال أثلاثاً بين الجهتين ، ثم على رواية الجوزجاني : الثلثان بين الأولَين أثلاثاً ، والثلث بين الآخرين كذلك ، وعلى رواية عيسى : الثلثان للأول من الأولين ، والثلث للأول من الآخرين .

فصل : ومن الأصناف ، الخالات والأخوال ، والعمات والأعمام من الأم ، نزل المنزلون الأخوال والخالات منزل الأم ، وقسموا المال بينهم إذا انفردوا على حسب ما يأخذون من تركة الأم لو كانت هي الميتة ، واختلفوا في العمات والأعمام للأم ، فالأصح : أنهم كالأب . والثاني : أنهم كالعم ، واختلف هؤلاء ، فقيل : العمات من الجهات بمنزلة العم للأبوين . وقيل : كل عمة بمنزلة العم الذي هو أخوها ، ثم من جعل العمات كالأب أو كالعم من الأبوين مع افتراقهن ، قال : إذا انفردن ، قسم المال بينهن على حسب استحقاقهن لو كان الأب هو الميت ، ومن نزلهن منزلة الأعمام المفترقين ، قدَّم العمة من الأبوين ، ثم العمة من الأب ، ثم العمة من الأم . وإذا اجتمعت العمات والخالات والأخوال ، فالثلثان للعمات ، والثلث للأخوال والخالات ، ويعتبر في كل واحد من النصيبين ما اعتبر في جميع المال لو انفرد أحد الصنفين ، وأما أهل القرابة ، فقالوا : إذا انفردت الخالات ، فإن كن من جهة واحدة ، قسم المال بينهن بالسوية . وإن اختلفت الجهة ، فالخالة من الأبوين مقدَّمة ، ثم الخالة من الأب . والأخوال المنفردون ، كالخالات . وإذا اجتمع الأخوال والخالات ، فإن كانوا من جهة ، قسم المال بينهم للذكر مثل حظ الانثيين وإن كانوا من جهة الأم . وإن اختلفت الجهات ، فمن اختص بقرابة الأبوين أولى ، ثم من اختص بقرابة الأب . والعمات المنفردات كالخالات . وإذا اجتمع العمات من الأم ، والأعمام من الأب ، فالمال بينهم للذكر مثل حظ الانثيين . وإذا اجتمعت العمات والخالات ، فللعمات الثلثان ، وللخالات الثلث ، سواء اتفقت جهة العمات والخالات ، أو اختلفت على المشهور عندهم . وعند أبي يوسف : أنه إذا اختلفت الجهة ، فالمال لأقوى الصنفين جهة . ثم إذا قسم المال أثلاثاً ، اعتبر في كل واحد من النصيبين ما يعتبر في جميع المال عند انفراد الصنف المصروف إليهم .

فرع في أمثلته : ثلاث خالات متفرقات . عند المنزلين : المال بينهن على خمسة ، كما لو ورثن من الأم . وعند أهل القرابة : هو للخالة من الأبوين ، وبمثله قالوا في ثلاثة أخوال متفرقين . وعند المنزلين : للخال من الأم السدس ، والباقي للخال من الأبوين . ولو اجتمع الأخوال المتفرقون ، والخالات المتفرقات ، قال أهل القرابة : المال كله للخال والخالة من الأبوين للذكر مثل حظ الانثيين . وقال المنزلون : ثلثا المال لهما كذلك ، وثلثه للخال والخالة للأم كذلك . قال الإمام : وتفضيل الخال من الأم على الخالة من الأب مشكل مخالف للتسوية بين الذكور والإناث من أولاد الأخ للأم . ثلاثة أخوال متفرقون ، وثلاث عمات متفرقات . عند المنزلين : ثلث المال بين الخال للأبوين والخال للأم على ستة ، واحد للثاني ، والباقي للأول ، وقسمة الثلثين تخرج على الخلاف في تنزيل العمات . إن جُعلن كالأعمام ، فالثلثان للعمة من الأبوين . وإن نزلن منزلة الأب ، فالثلثان بينهن على خمسة ، كما يرثن من الأب . وقال أهل القرابة : الثلثان للعمة من الأبوين ، والثلث للخال من الأبوين .

فرع : أولاد الأخوال والخالات والعمات والأعمام للأم عند المنزلين كآبائهم وأمهاتهم عند الانفراد والاجتماع ، ومن تسفل منهم رفع بطناً بطناً . فإن سبق بعضهم إلى وارث ، قدم . وإن استووا فيه ، قسم المال بين الذين يدلي بهم هؤلاء على حسب استحقاقهم من الميت ، فما أصاب كل واحد منهم قسم بين المدلين به على حسب استحقاقهم منه لو كان هو الميت . وقال أهل القرابة : الأقرب يسقط الأبعد بكل حال . فإن استووا في الدرجة ، نظر ، إن انفرد أولاد الأخوال والخالات ، بأن اختلفت الجهة ، قدم الذين هم من الأبوين ، ثم الذين هم من الأب ، ثم يأخذ الذين هم من الأم[1] ، وإن لم يختلف ، ورثوا جميعاً . ثم النظر عند أبي يوسف إلى أبدانهم . وعند محمد : إلى آبائهم وأجدادهم كما سبق في أولاد الأخوات وبنات الاخوة . وأولاد العمات عند الانفراد كأولاد الخالات والأخوال ، فإن اجتمع

---

(١) في هامش ط في الأصل وبعض نسخ الظاهرية ، ثم يأخذ الذين هم من الأب ، وما أثبتناه من إحدى نسخ الظاهرية المقابلة على نسخة المؤلف ما نصه بخط ابن العطار على الحاشية ما نصه في الشرح ثم يأخذ الذين هم من الأم . ا هـ .

الصنفان ، فثلثا المال لأولاد العمات ، وثلثه لأولاد الأخوال والخالات على ما ذكرنا في آبـائهم، ويعتبر في كـل واحد من النصيبين مـا يعتبر في جميـع المال. وإذا اجتمـع مع هؤلاء بنات الأعمام من الأبوين ، أو من الأب ، ولم تختلف الدرَجة ، فبنـات الأعمام أولى ، لسبقهن إلى الوارث .

فرع : أخوال الأم وخالاتها عند المنزلين بمنزلة الجدة أم الأم ، وأعمامُها وعماتُها بمنزلة الجد أبي الأم . وأخوال الأب وخالاته بمنزلة الجدة أم الأب ، وعماتُه عند من نزل عمة الميت منزلة أبيه بمنزلة الجد أبي الأب . وعند من نزل عمة الميت منزلة عمه بمنزلة عم الأب ، فيقسم المال بينهم . وما أصاب كل واحد منهم ، يجعلٍ للمدلين به على حسب استحقاقهم لو كان هو الميت ، وعلى القياس : يجعلون كلَّ خال وخالة بمنزلة الجدة التي هي أختهما ، وكل عم وعمة بمنزلة الجد الـذي هو أخوهما .

وأما أهل القرابة ، فيعتبِرون في أخوال الميتة وخالاتها ما اعتبروه في أخوال الميت وخالاته ، وكذلك في عماتها إذا انفردن . وإن اجتمع أعمـامها وعمـاتها ، فالمال بينهم للذكر مثل حظ الانثيين على المشهور عندهم .

وفي رواية : إن كانوا من الأبوين أو من الأب ، قـدم الأعمام . ولـو اجتمع أعمامها وعماتها وأخوالها وخالاتها ، فالثلث للأخوال والخالات ، والثلثان للأعمام والعمات ، وخؤولة الأب وعمومته ، كخؤولة الأم وعمومتها عند الانفراد والاجتماع .

ولو اجتمع القرابتان ، فلقرابة الأب الثلثان ، ولقرابة الأم الثلث ، ثم يقسم كل نصيب بينهم ، كما يقسم جميع المال لو انفردوا ، فثلثا الثلثين لعمات الأب ، وثلثه لخالاته وأخواله ، وكذلك الثلث . وسواء كان قرابة الأب من جنس قرابة الأم ، أم لم يكن ، حتى لو ترك عم أمه وخالة أبيه ، كان الثلثان للخالة ، والثلث للعم . ولو ترك ثـلاث عمات متفـرقات ، وثـلاث خالات متفـرقات لأبيـه ، ومثلهن لأمـه ، فعلى الصحيح من قول أهل القرابة : ثلثا الثلثين لعمة الأب من الأبوين ، وثلثها لخالـة الأب من الأبوين ، وثلث الثلث لعمة الأم من الأبوين ، وثلثه لخالة الأم من الأبوين ، ويسقط البواقي . وعند المنزلين : نصف سدس المال بين خالات الأب ، ومثله بين خالات الأم ، لنزولهن منزلة الجدتين ، والباقي لعمات الأب دون عمات الأم ، لأن

عمات الأب كأب الأب ، وعمات الأم كأبي الأم . هذا تمام الطرف الأول .

الطرف الثاني : في ترتيب الأصناف . قال المنزلـون : كل واحـد من ذوي الأرحام ، ينزل منزلة الوارث الذي يدلي به ، ثم ينظر في الورثة لو قدر اجتماعهم ، فإن كانوا يرثون ، يرث المدلون بهم ، وإن حجب بعضهم بعضاً ، جرى الحكم كذلك في ذوي الأرحام . وقال أهل القرابة : ذوو الأرحام وإن كثروا يرجعون إلى أربعة أنواع . المنتمون إلى الميت ، وهم أولاد البنات وأولاد بنات الابن ، والمنتمي إليهم الميت ، وهم الأجـداد والجدات السـاقـطون ، والمنتمـون إلى أبـوي الميت ، وهم أولاد الأخـوات وبنات الاخـوة ، والمنتمون إلى أجـداده وجداتـه ، وهـم العمومـة والخؤولة . ومذهبهم : الظاهر تقديم النوع الأول ، ثم الثاني ، ثم الثالث ، فما دام يوجد أحد من فروع الميت وإن سفـل ، فلا شيء لأصـوله من ذوي الأرحـام وإن قربوا ، وعلى هذا القياسُ . وعن أبي حنيفة رضي الله عنه رواية بتقديم النوع الثاني على الأول . وقدم أبو يوسف ومحمد النوع الثالث على الثاني ، واتفقوا على أن من كان من العمومة والخؤولة وأولادِهم ومِن ولد جد أو جدة أقرب إلى الميت ، فهو أولى بالميراث وإن بعد ممن هو من ولد جد أو جـدة أبعد منـه . وإذا اجتمع الأجـداد والجـدات من ذوي الأرحام مـع الخالات والأخـوال والعمات ، فعنـد أبي حنيفـة رضي الله عنه : تقدم الجدودة . وعند صاحبيه : إن كانت العمومة أو الخؤولة من ولد جد أو جدة ، تساوى الجد والجدة الموجودَين ، أو أبعد ، فالأجداد والجدات أولى . وإن كانا من أصل أقرب منهما ، فهم أولى . وعن أحمد بن حنبل رضي الله عنه : تقديم الخال على ذوي الأرحام . وفي الباقين مذهبه مذهب أهل التنزيل في كـل فصل .

فصل : قد يجتمع في الشخص من ذوي الأرحام قرابتان بالرحم ، كبنت بنت بنت هي بنت ابن بنت ، وكبنت أخت الأب هي بنت أخ الأم ، وكبنت خالة هي بنت عمة ، فالمنزلون ينزلون وجه القرابة . فإن سبق بعض الوجوه إلى وارث ، قدم به ، وإلا قدّروا الوجوه أشخاصاً ورثوا بها على ما يقتضيه الحال . وأما أهل القرابة : فمحمد يورِّثه بجهتي القرابة . وقال أبو يوسف : إن كان ذلك في أولاد البنـات ، جعلت الوجوه كوجه ولم يورث بها . وإن كان في أولاد الاخوة والأخوات ، ورث

بأقوى الجهتين . وإن كان في أولاد العمومة والخؤولة ، ورث بالقرابتين ، لأنهما مختلفتان ، وهذا أظهر عندهم . وعلى هذا ، لو خلف بنت أخ لأم هي بنت أخت لأب ، وبنت أخت أخرى ، أو بنت أخ أخرى ، ورثت بأقوى القرابتين ، وهي كونها بنت أخت لأب . ولو خلّف بنت خال هي بنت عمة ، وبنت عمة أخرى ، فالثلث لبنت الخال ، والثلثان بينهما بالسوية .

ولو كان معها بنت خال ، فالثلثان للأولى لأنها بنت عمة ، والثلث بينهما بالسوية .

فصل : إذا كان مع ذوي الأرحام زوج أو زوجة ، قال أهل القرابة : يخرج نصيبه ، ويقسم الباقي على ذوي الأرحام كما يقسم الجميع لو انفردوا ، وللمنزلين مذهبان . أصحهما : كذلك . والثاني : أن الباقي يقسم بينهم على نسبة سهام الذين يدلي بهم ذوو الأرحام من الورثة مع الزوج أو الزوجة ، ويعرف القائلون بالأول : بأصحاب اعتبار ما بقي ، والقائلون بالثاني : أصحاب اعتبار الأصل .

مثاله : زوجة ، وبنت بنت ، وبنت أخت من الأبوين . عند أهل القرابة : للزوجة الربع ، والباقي لبنت البنت . وأصحاب القول الأول من المنزلين ، جعلوا لها الربع ، والباقي بين بنت البنت وبنت الأخت بالسوية . ومن قال بالثاني قال : إذا نزلناهما ، فكأن في المسألة زوجة وبنتاً وأختاً ، ولو كان كذلك ، لكانت المسألة من ثمانية ، نصيب الزوجة منها واحد ، يبقى سبعة يخرج منها تمام نصيب الزوجة ، يبقى ستة تقسم بينهما أسباعاً . ولو خلفت زوجاً وبنت بنت ، وخالة ، وبنت عم . عند أهل القرابة : للزوج النصف ، والباقي لبنت البنت ، وعلى القول الأول للمنزلين : للزوج النصف ، ولبنت البنت نصف الباقي ، وللخالة سدس الباقي ، ولبنت العم الباقي . وعلى القول الثاني : إذا نزلنا ، حصل مع الزوج بنت وأم وعم ، وحينئذٍ يكون من اثني عشر ، يخرج نصيب الزوج ، يبقى تسعة ، ثم يخرج تمام النصف للزوج ، يبقى ستة يقسمها على التسعة [وبالله التوفيق] .

الباب التاسع
في حساب الفرائض

فيه مقصودان . أحدهما : تصحيح المسائل . والثاني : قسمة التركات .

[المقصود][1] الأول : التصحيح ، وفيه فصول .

الأول[2] : في مقدِّماته ، وهن أربع .

إحداها : الفروض المقدَّرة في كتاب الله تعالى ستة : النصف ، والربع ، والثمن ، والثلثان ، والثلث ، والسدس . وقد سبق بيان مستحقيها .

فالنصف فرض خمسة : الزوج ، والبنت ، وبنت الابن ، والأخت للأبوين ، والأخت للأب[3] .

والربع فرض الزوج ، والزوجة أو الزوجات[4] .

والثمن فرض الزوجة والزوجات .

والثلثان فرض أربعة وهن الإناث التي لواحدتهن النصف .

والثلث فرض ثلاثة : الأم وأولادها ، والجد .

والسدس فرض سبعة : الأم ، والجدة ، والأب ، والجد ، وبنت الابن ، مع بنت الصلب ، والأخت للأب مع الأخت للأبوين ، وواحد أولاد الأم .

الثانية[5] : كل عددين ، فهما متماثلان ، أو متداخلان ، أو متوافقان ، أو متباينان . فالمتماثلان ، كثلاثة وثلاثة .

والمتداخلان ، كثلاثة وستة ، أو تسعة . فالثلاثة داخلة في الستة والتسعة .

والمتوافقان ، كأربعة وستة ، لكل واحد منهما نصف صحيح ، وستةٍ وتسعة لهما ثلث صحيح ، وثمانيةٍ واثني عشر ، لها ربع صحيح ، ولأحد وعشرين وخمسة وثلاثين سبع صحيح ، ولاثنين وعشرين وثلاثة وثلاثين جزء من أحد عشر .

---

(١) سقط من الأصل والمثبت من ط .

(٢) في ط الفصل الأول .

(٣) كان ينبغي أن يقول منفردات كما قيده في المحرر .

(٤) كان ينبغي أن يضاف إليهما ثالث وهو الأم ، فإنه فرضها في مسألة زوج وأبوين فإن قيل ذاك يعبر عنه بثلث الباقي ثلثاً إن كان ثلث الباقي فرضاً مستقلاً فينبغي أن يراد في إعداد الفروض ، ونجعله كما نبه . نعم لنا فرض سابع حقيقة وهو ثلث ما يبقى في مسائل الجد إذا كان معه ذو فرض في بعض الأحوال وذلك فيما إذا كان في المسألة ربع أو سدس فقط كأم وجد وإخوة فله ثلث الباقي فرضا ، وإنما لم يذكروه لأنه لم يرد لا القرآن ولا السنة بل استفيد من دليل آخر .

(٥) في ط المقدمة الثانية .

والمتباينان ، كثلاثة وأربعة .

وطريق معرفة المداخلة ، أن تسقط الأقل من الأكثر مرتين فصاعداً ، أو زد على الأقل مثله مرة فصاعداً . فإن فني الأكثر بالأقل ، أو تساويا بزيادة الأمثال ، فمتداخلان ، وإلا ، فلا .

وطريق الموافقة والمباينة ، أن تسقط الأقل من الأكثر ما أمكن ، فما بقي ، فأسقطه من الأقل ، فإن بقي منه شيء ، فأسقطه مما بقي من الأكثر ، ولا يزال يفعل ذلك حتى يفنى العدد المنقوص منه آخراً ، فإن فني بواحد ، فمتباينان . وإن فني بعدد ، فمتوافقان بالجزء المأخوذ من ذلك العدد . وإن فني باثنين ، فبالنصف ، أو بثلاثة ، فبالثلث ، أو بعشرة ، فبالعشرة ، أو بأحد عشر ، فبأجزاء أحد عشر . وعلى هذا القياسُ .

مثاله : أحد وعشرون ، وتسعة وأربعون ، تسقط الأقل من الأكثر مرتين ، يبقى سبعة ، تسقطها من الأقل ثلاث مرات ، يفنى بها ، فهما متوافقان بالأسباع .

الثالثة[١] : في أصول المسائل ، أصلها العدد الذي يخرج منه سهامها . ومسائل الفرائض نوعان .

أحدهما : أن يكون كل الورثة عصبات ، بأن كانوا ذكوراً ، أو نسوة أعتقن عبداً بينهن بالسوية ، فالقسمة بينهم بالسوية . وإن كانت العصبة ذكوراً وإناثاً ، قدَّرنا كل ذكر اثنين ، وأعطينا كل ذكر سهمين ، وكل أنثى سهماً ، فعدد الرؤوس في هذا النوع هو أصل المسألة[٢] .

---

(١) في ط المقدمة الثالثة .

(٢) قضية التقييد بالتساوي أنهن لو أعتقنه على التفاضل يكون الميراث بحسبه حتى يأخذ من أعتقت النصف والثمن عن الميراث ومن أعتقت الربع ربع الميراث ومن أعتقت الربع ربع الثمن عن الميراث. قال ابن الرفعة، وهذا هو الظاهر لا لأنهن ورثن الولاء كذلك بل يجعلهن يرثن به كذلك ولو كن أعتقن على التفاوت شخصاً فأعتق هو شخصاً وورثن من أعتقه عنقهن فيظهر أن يكون حكمهن في إرثه على التفاوت نظراً للأصل وليس كما إذا أعتق عنه أدخلن اثنين ثم مات أحدهما وترك ابناً ومات الآخر وترك عشرة أبناء ثم مات المعتق يكون ماله بينهم على عدد رؤوسهم لأن أصل العتق واحد ولا كذلك ما نحن فيه .

النوع الثاني : المسائل التي ورثتُها أصحاب فروض أو بعضهُم ذو فرض . فالأصول في هذا النوع سبعة عند المتقدمين ، ومن المتأخرين من يقول : تسعة . فالسبعة المتفق عليها : اثنان ، وثلاثة ، وأربعة ، وستة ، وثمانية ، واثنا عشر ، وأربعة وعشرون ، فكل مسألة فيها نصف وما بقي . كزوج وأخ ، أو نصفان ، كزوج وأخت ، فهي من اثنين وما فيها ثلثان وما بقي ، كبنتين وعم ، أو ثلث وما بقي ، كأم وأخ . أو ثلثان وثلث ، كأختين لأب وولدي أم ، فمن ثلاثة ، وما فيها ربع وما بقي ، كزوج وابن ، أو ربع ونصف وما بقي كزوج وبنت وأخ ، فمن أربعة . وما فيها سدس وما بقي ، كأم وابن ، أو سدس ونصف وما بقي ، كأم وبنت وأخ ، أو سدس وثلث ما بقي ، كأم وولد أم وعم ، أو نصف وثلثان ، كزوج وأختين ، أو نصف وثلث وما بقي ، كزوج وأم وأخ ، فمن ستة . وما فيها ثمن وما بقي كزوجة وابن ، أو ثمن ونصف وما بقي ، كزوجة وبنت وأخ ، فمن ثمانية . وما فيها ربع وثلثان وما بقي ، كزوج وابنتين وأخ ، أو ربع وثلث وما بقي ، كزوجة وأم وأخ ، فمن ستة ، أو ربع وسدس وما بقي ، كزوج وأم وابن ، فمن اثني عشر . وما فيها ثمن وثلثان وما بقي ، كزوجة وبنتين وأخ ، أو ثمن وسدس وما بقي ، كزوجة وأم وابن ، فمن أربعة وعشرين .

قلت : ومن هذا الأخير ، ثمن وسدسان وما بقي ، كزوجة وأبوين وابن . والله أعلم .

وأما الأصلان المزيدان ، فثمانية عشر ، وستة وثلاثون في مسائل الجد والاخوة حيث يكون الثلث خيراً له .

فالأول : في كل مسألة فيها سدس وثلث ما بقي وما يبقى ، كجد وأم وإخوة[1] .

(١) وفي كلام السهيلي ما يخالفه فإنه قال : إذا كان في الفريضة ولد أم وعاصب كانت المسألة من ستة كما هي إذا كان فيها واحد من ولد أم وعاصب وإذا كان فيها ثلاثة من ولد الأم فأكثر وعاصب فهي من ثلاثة . قال ابن الرفعة : وكأنه والله أعلم فهم من قوله تعالى ﴿ **فلكل واحد منهما السدس** ﴾ أراد حالة اجتماعهما فإنه إذا كان كذلك اقتضى أن يكون مسألتهما من ستة لأن يقال جعل لهم منها سدساً وسدساً ولم يسلم لها الثلث ومناط الخارج ما جاء في الكتاب والسنة من التسمية وهذا كما إذا وجد في الفريضة جدة الكتاب والسنة من التسمية وصار هذا كما إذا وجد في الفريضة جدة وواحد من ولد الأم وما بقي =

والثاني : في كل مسألة فيها ربع وسدس وثلث وما بقي وما يبقى ، كزوجة وأم وجد وإخوة ، ومن لم يقل بالزيادة يصحح المسألتين بالضرب .

فالأولى : من ستة ، للأم سهم ، يبقى خمسة ، يضرب مخرج الثلث في الستة ، تبلغ ثمانية عشر .

والثانية : من اثني عشر ، يخرج بالفرضين خمسة ، [ثم] يضرب مخرج الثلث في اثني عشر ، تبلغ ستة وثلاثين ، واستصوب الإمام والمتولي صنيع المتأخرين ، لأن ثلث ما يبقى والحالة هذه ، مضموم إلى السدس والربع ، فلتكن الفريضة من مخرجها . واحتج المتولي بأنهم اتفقوا في زوج وأبوين أنها من ستة ، ولولا جعلها من النصف وثلث الباقي ، لكانت من اثنين ، للزوج سهم ، يبقى سهم ، فيضرب مخرج الثلث في اثنين ، تبلغ ستة . واعلم أنه قد[1] [يتفق] في صور الجد نصف وثلث ما بقي ، كبنت وجد وإخوة ، فيحتمل أن تكون من ستة قطعاً ، كما ذكر في زوج وأبوين ، ويحتمل أن يطرد فيه الخلاف .

قلت : الاحتمال أصح ، والمختار أن الأصح الجاري على القاعدة : طريق المتأخرين ، كما اختاره الإمام ، لما سبق ، ولكونها أخصر . والله أعلم .

المقدمة الرابعة : في العَول[2] .

= فإنها من ستة وخالف حال كونهم ثلاثة وما فوقها لأن الله تعالى قال : ﴿ فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث ﴾ فسمى لهم الثلث في هذه الحالة فكان مسألتهم كذلك من ثلاثة لكن سياق الآية وظاهرها يقتضي أنه سبحانه أراد بقوله فلكل واحد منهما السدس حالة انفراد الأخ أو الأخت لأجل قوله قبل ذلك وله أخ أو أخت ، وهو صريح في الانفراد وقوله : ﴿ فلكل واحد منهما ﴾ جواب له وكان مقتضى ذلك حالة الانفراد وقوله تعالى : ﴿ فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث ﴾ يكون تقديره على مقتضى ذلك . فإن كانوا أكثر من واحد فهم شركاء في الثلث لأن الواحد هو المشار إليه بقوله ذلك ولا يتخيل من هذا أنه يشمل الاثنين فما فوقها بل هو للثلاثة فما فوقها لأجل قوله : ﴿ فإن كانوا ﴾ فإنه جمع وأقل الجمع ثلاثة وأكد هذا المعنى بقوله كانوا .

(١) في الأصل قد سبق والمثبت من ط .

(٢) العول ، الارتفاع ، وقد عالت أي ارتفعت وهو أن يزيد سهاماً فيدخل النقصان على أهل الفرائض ، وقيل مأخوذ من الميل وذلك أن الفريضة إذا عالت فهي تميل على أهل الفريضة جميعاً فينقص انصباءهم وهلى على هذا من الأضداد فالأصوب أن يكون معنى عول الفريضة الزيادة والارتفاع لمجاوزة سهام الميراث سهام المال . (الصحاح ٥/١٧٧٨) ، (المغرب ٢/٩٠) ، (المصباح المنير ٢/٦٧١) .

إذا ضاق المال عن الفروض ، فتعال المسألة ، أي : ترفع سهامها ليدخل النقص على كل واحد بقدر فرضه ، كأصحاب الديون والوصايا إذا ضاق المال . والذي يعول من الأصول التسعة ثلاثة ، وهي : ستة ، واثنا عشر ، وأربعة وعشرون ، فتعول الستة أربع مرات إلى سبعة ، كزوج ، وأختين لأب ، وإلى ثمانية ، كهؤلاء ، وأم ، وإلى تسعة ، كهؤلاء ، وأخ لأم ، وإلى عشرة ، كهؤلاء ، وأخ لأم[1] ، وتسمى هذه الأخيرة : الشريحية ، لأن شريحاً القاضي رحمه الله تعالى ، قضى فيها ، وتسمى : أم الفروخ ، لكثرة سهامها . ومتى عالت إلى أكثر من سبعة ، لا يكون الميت إلا امرأة .

وأما اثنا عشر ، فتعول ثلاث مرات إلى ثلاثة عشر ، كزوجة وأم وأختين لأب ، وإلى خمسة عشر ، كهؤلاء وأخ لأم . وإلى سبعة عشر ، كهؤلاء وأخ لأم[2] . ومن صورها : أم الأرامل ، وهي ثلاث زوجات وجدتان ، وأربع أخوات لأم ، وثمان لأب ، فهن سبع عشرة أنثى أنصباؤهن سواء . ولا يعول هذا الأصل إلى سبع عشرة إلا والميت رجل .

وأما أربعة وعشرون ، فتعول مرة فقط إلى سبعة وعشرين ، كزوجة وبنتين وأبوين ، وتسمى : المنبرية ، لأن علياً رضي الله عنه سئل عنها وهو على المنبر ، فقال ارتجالاً : صار ثمنها تسعاً . ولا يكون هذا العول إلا والميت رجل ، بل لا تكون المسألة من أربعة وعشرين إلا وهو رجل .

الفصل الثاني : في طريق التصحيح ، وفيه نظران .

أحدهما : في تصحيح فريضة الميت الواحد .

والثاني : في التصحيح إذا مات وارثان فأكثر قبل القسمة ، وتعرف : بالمناسخات .

أما **النظر الأول** : فإن كانت الورثة كلهم عصبات ، فأمر القسمة سهل ، وقد بينا أنه من عدد رؤوسهم . وإن كانوا أصحاب فروض ، أو فيهم صاحب فرض ،

(١) في ط وأخ آخر لأم .

(٢) وفي ط وأخ آخر لأم .

وعرفت المسألة بعولها إن كانت عائلة ، فانظر في السهام وأصحابها ، فإن انقسمت عليهم جميعاً ، حصل الغرض ولا حاجة إلى الضرب ، كزوج وثلاث بنين ، هي من أربعة ، لكل واحد سهم . وكزوجة وبنت وثلاثة إخوة ، من ثمانية ، للزوجة سهم ، وللبنت أربعة ، ولهم الباقي .

وإن لم تنقسم ، فإما أن يقع الكسر على صنف ، وإما على أكثر .

القسم الأول : على صنف ، فينظر في سهامهم وعدد رؤوسهم ، إن كانا متباينين ، ضربت عدد رؤوسهم في أصل المسألة بعولها إن عالت . وإن كانا متوافقين ، ضربت جزء الوفق من عدد رؤوسهم في أصل المسألة بعولها ، ثم الحاصل على التقديرين ، تصح منه المسألة .

مثال التباين ، زوج وأخوان ، هي من اثنين ، له سهم ، يبقى سهم لا يصح عليهما ، ولا موافقه ، فيضرب عددهما في أصل المسألة تبلغ أربعة منها تصح .

مثال التوافق ، أم وأربعة أعمام ، هي من ثلاثة ، يبقى اثنان يوافق عددهم بالنصف ، فتضرب وفق عددهم[1] في المسألة ، تبلغ ستة منها تصح . وإذا أمكنت الموافقة بأجزاء ، ضربنا أقلها .

القسم الثاني : الكسر على أكثر من صنف ، فيمكن أن يقع على صنفين أو ثلاثة أو أربعة ، ولا تتصور الزيادة ، لأن الوارثين في الفريضة لا يزيدون على خمسة أصناف كما ذكرنا في أول الكتاب عند اجتماع من يرث من الرجال والنساء ، ولا بد من صحة نصيب أحد الأصناف عليه[2] ، لأن أحد الأصناف الخمسة ، الزوج

---

(١) في هامش ط : في إحدى نسخ الظاهرية المقابلة على نسخة المؤلف بعد التصحيح « فتضرب عددهم » وكانت في الأصل فتضرب نصف عددهم وقد شطب بالأحمر على كلمة نصف ، وفي هامش النسخة ما نصه : كذا وصوابه « نصف عددهم » .

(٢) ما ذكره من الحصر في الأربع في غير الولاء . أما الولاء المنجز فيتصور فيه أزيد من ذلك فقد يقع الكسر على ست فرق كأربعة وثلاثين جده وثمانية مولى خمس واثني وعشرين مولى خمس وعشرين أختاً لمولى خمس وثمانية وعشرين ابن مولى خمس وأربعة وأربعين مولى يتولى خمس فأصل المسألة من ستة واحدة للجدات لا ينقسم عليهن ومباين لهن يبقى رؤوسهن بحالها يبقى خمسة لكل طائفة من الطوائف المذكورة واحد لا ينقسم عليهن ومباين لهم فيبقي رؤوسهم بحالها وبين الرؤوس والرؤوس موافقة فإن أردنا أن نضرب أربعة وثلاثين في نصف ثمانية يبلغ مائة وستة وثلاثين ثم الحاصل في ربع

والأبوان ، والواحد يصح عليه نصيبه قطعاً ، فلزم الحصر . فإن وقع الكسر على صنفين ، نظرنا في سهام كل صنف وعدد رؤوسهم . والأحوال ثلاثة .

أحدها : أن لا يكون بين السهام والرؤوس موافقة في واحد من الصنفين . فتترك رؤوس الصنفين بحالها . الثاني : أن تكون موافقة فيهما ، فترد رؤوس كل صنف إلى جزء الوفق . الثالث : أن يكون الوفق في أحد الصنفين ، فترد رؤوسه إلى جزء الوفق ، وتترك رؤوس الآخر بحالها . ثم الرؤوس ـ مردودين أو أحدهما أو غير مردودين ـ إما أن يتماثلا ، فتضرب أحدهما في أصل المسألة بعولها ، وإما أن يتداخلا ، فتضرب أكثرهما في أصل المسألة بعولها ، وإما أن يتوافقا ، فتضرب جزء الوفق من أحدهما في جميع الآخر ، فما بلغ ضربته في أصل المسألة بعولها ، وإما أن يتباينا ، فتضرب أحدهما في الآخر ، فما حصل ضربته في أصل المسألة ، فما بلغ صحت منه .

ويخرج من هذه الأحوال اثنتا عشرة مسألة ، لأن في كل واحد من الأحوال الثلاثة أربع حالات ، والحاصل من ضرب ثلاثة في أربعة ، اثنا عشر . وإن وقع الكسر على ثلاثة أصناف أو أربعة ، نظرنا أولاً في سهام كل صنف وعدد رؤوسهم ، فحيث وجدنا الموافقة ، رددنا الرؤوس إلى جزء الوفق . وحيث لم نجد ، بقّيناه بحاله . ثم يجيء في عدد الأصناف الأحوال الأربعة ، فكل عددين متماثلين ، نقتصر منهما على واحد . وإن تماثل الكل ، اكتفينا بواحد وضربناه في أصل المسألة بعولها ، وكل عددين متداخلين نقتصر على أكثرهما ، وإن تداخلت كلها ، اكتفينا بأكثرها وضربناه في أصل المسألة بعولها ، وكل متوافقين نضرب وفق أحدهما في الآخر ، فما بلغ ضربناه في أصل المسألة . وإن توافق الكل ، ففيه طريقان للفرضيين .

قال البصريون : نقف أحدهما ونرد ما عداه إلى جزء الوفق ، ثم ننظر أجزاء

= اثني عشر يبلغ أربعمائة وثمانية ثم الحاصل من ربع عشرين تبلغ ألفين ثم الحاصل في ربع ثمانية وعشرين يبلغ أربعة عشر ألفاً ومائتين وثمانين ، ثم الحاصل في أصل المسألة أعني السنة يبلغ تسعمائة ألف واثنين وأربعين ألفاً وأربعمائة وثمانين فيصح منه ثلاثمائة مولى خمس لكل واحد تسعة عشر ألفاً وستمائة وخمسة وثلاثون ولكل حد من أربعة وثلاثين حده أربعة آلاف وستمائة وعشرون .

الوفق ، فنكتفي عند التماثل بواحد ، وعند التداخل بالأكثر ، وعند التوافق ، نضرب جزء الوفق من البعض في البعض . وعند التباين ، نضرب البعض في البعض ، ثم نضرب الحاصل في العدد الموقوف ، ثم ما حصل في أصل المسألة بعولها .

وقال الكوفيون : نقف أحد الأعداد ونقابل بينه وبين آخر ، ونضرب وفق أحدهما في جميع الآخر ، ثم نقابل الحاصل بالعدد الثالث ، ونضرب وفق أحدهما في جميع الآخر ، ثم نقابل الحاصل بالعدد الرابع ، ونضرب وفق أحدهما في جميع الآخر ، ثم نضرب الحاصل في أصل المسألة بعولها ، وتسمى صورة توافق الأعداد : المسائل الموقوفات . وإن كانت الأعداد متباينة ، ضربنا عدداً منها في آخر ، ثم ما حصل في ثالث ، ثم ما حصل في الرابع ، ثم ما حصل في أصل المسألة بعولها . وإن شئت ضربت أحدها في أصل المسألة بعولها ، ثم ما يحصل في الثاني ، ثم في الثالث ، ثم في الرابع . وإذا لم يكن بين السهام وعدد الرؤوس ، ولا بين أعداد الرؤوس موافقة ، سميت المسألة : صماء ، ولا فرق في الأعداد المتوافقة بين عدد وعدد ، فتقف أيها شئت ، والعدد الذي تصح منه المسألة بعد تمام العمل لا يختلف : فإن حصل اختلاف ، فاستدلَّ به على الغلط ، وإن وافق أحد الأعداد الثلاثة الآخَرين والآخران متباينان ، لم يجز أن نقف إلا الذي يوافقهما ، ويسمى هذا الموقوف : المقيَّد[1] .

فرع : هذا الذي ذكرناه ، بيان التصحيح . فإذا فرغت منه وأردت أن تعرف نصيب كل واحد من الصنف ، مما حصل من الضرب ، فله طرق .

أشهرها وأخفّها : أن تضرب نصيب كل صنف من أصل المسألة في العدد المضروب في المسألة ، ويعرف بعدد المنكسرين ، فما بلغ ، فهو نصيب ذلك

---

(١) قال الشيخ البلقيني : وقف المقيد يتفرع على الطريقين ، فعلى طريقة البصريين إذا اجتمع معنا تسع أخوات وأربع زوجات وست عمات أشقاء مثلاً فالستة توافق التسعة بالثلث والأربعة بالنصف فتوقف الستة وترد الأربعة إلى نصفها وهو التسعة بالثلث والأربعة بالنصف فتوقف الستة وترد الأربعة إلى نصفها وهو اثنان والتسعة إلى ثلثها وهو ثلاثة ثم ينظر بين الوقفين فتجدهما متباينين فتضرب أحدهما في الآخر تبلغ ستة ثم تضرب الستة في العدد الموقوف وهو ستة تبلغ ستة وثلاثين . وعلى طريقة الكوفيين توقف الستة وتقابل بينهما وبين التسعة مثلاً ثم تضرب وفق أحدهما في كامل الآخر فيبلغ ثمانية عشر ثم تقابل بين العدد المذكور وهو ثمانية عشر وبين الأربعة فالموافقة بينهما بالأنصاف بضرب نصف أحدهما في كامل الآخر تبلغ ستة وثلاثين .

الصنف ، فتقسمه على عدد رؤوسهم ، فالخارج بالقسمة هو نصيب كل واحد من ذلك الصنف .

مثاله : زوجتان ، وأربع جدات ، وست أخوات لأب ، هي من اثني عشر ، وتعول إلى ثلاثة عشر ، ويرجع عدد الجدات بالموافقة إلى اثنين ، والأخوات إلى ثلاث ، فيحصل اثنان واثنان وثلاثة ، تسقط أحد المتماثلين ، وتضرب الآخر في ثلاثة ، تبلغ ستة ، تضربها في أصل المسألة بعولها ، تبلغ ثمانية وسبعين ، كان للزوجين من أصل المسألة ثلاثة ، فتضرب في ستة ، تبلغ ثمانية عشر ، فهو نصيبهما . وإذا قسم ذلك على رؤوسهما ، خرج تسعة ، وكان للجدات سهمان ، تضربهما في ستة ، تبلغ اثني عشر ، لكل واحدة ثلاثة ، وكان للأخوات ثمانية ، تضرب في ستة ، تبلغ ثمانية وأربعين ، لكل واحدة ثمانية .

الثاني[١] : تقسم سهام كل صنف من أصل المسألة على عدد رؤوسهم ، فما خرج من القسمة ، يضرب في المضروب في أصل المسألة ، فما حصل ، فهو نصيب كل واحد من الصنف . ففي المثال المذكور ، يقسم نصيب الزوجتين على عدد رؤوسهما ، يخرج بالقسمة سهم ونصف ، يضرب في السنة المضروبة في المسألة ، تبلغ تسعة ، وهو نصيب كل زوجة ، ويقسم نصيب الجدات عليهن ، يخرج نصف سهم ، تضربه في الستة ، تكون ثلاثة ، فهو نصيب كل جدة ، وعلى هذا فقس الأخوات .

الثالث[٢] : تقسم العدد المضروب في المسألة على عدد رؤوس كل صنف ، فما خرج تضربه في نصيب ذلك الصنف ، فما بلغ فهو نصيب الواحد من ذلك الصنف ، ففي المثال المذكور تقسم الستة على عدد رؤوس الزوجتين ، يخرج ثلاثة ، تضربها في نصيبهما من أصل المسألة وهو ثلاثة ، تبلغ تسعة ، وهو نصيب كل زوجة . وعلى هذا القياس .

الرابع[٣] : تقابل بين نصيب كل صنف وعدد رؤوسهم ، وتضبط النسبة

---

(١) في ط الطريق الثاني .
(٢) في ط الطريق الثالث .
(٣) في ط الطريق الرابع .

بينهما ، وتأخذ بتلك النسبة في العدد المضروب في المسألة ، **فهو نصيب كل واحد** من ذلك الصنف ، ففي المثال المذكور ، نصيب الزوجتين ثلاثة وهما اثنان . والثلاثة مثل الاثنين ومثل نصفهما ، فنأخذ مثل العدد المضروب في المسألة ، ومثل نصفه ، يكون تسعة ، وهو نصيب كل زوجة ، ونصيب الأخوات ثمانية ، وعددهن ستة ، والثمانية مثل الستة ، ومثل ثلثها ، فلكل أخت مثل العدد المضروب ، ومثل ثلثه تكون ثمانية ، ونصيب الجدات اثنان مثل نصف عددهن ، فلكل جدة نصف العدد المضروب .

الخامس[1] : ويعرف به نصيب كل واحد من الورثة قبل الضرب والتصحيح . إن كان الكسر على صنف ، فانظر إن لم يوافق سهامهم عددهم ، فنصيب كل واحد منهم بعدد سهام جميع الصنف من أصل المسألة ، ونصيب كل واحد من الأصناف الذين لا كسر عليهم ، بعدد رؤوس المنكسر عليهم إن كان لكل واحد منهم سهم واحد . وإن كان أكثر من سهم ، ضرب ما لكل واحد منهم من أصل المسألة في عدد المنكسر عليهم ، فما حصل ، فهو نصيب كل واحد منهم . وإن وافق سهامهم عددهم ، فنصيب كل واحد من المنكسر عليهم بعدد وفق سهامهم من أصل المسألة ، ونصيب كل واحد ممن لم ينكسر عليهم وفق عدد الرؤوس المنكسر عليهم على ما ذكرناه .

مثاله : زوج ، وأخوان لأم ، وخمس أخوات لأب ، تعول من ستة إلى تسعة ، وتصح من خمسة وأربعين ، ونصيب كل أخت بعدد سهام جميعهن من أصل المسألة ، وهو أربعة ، ونصيب كل أخ خمسة بعدد رؤوس الأخوات المنكسر عليهن ، ونصيب الزوج خمسة عشر ، لأنه كان له أكثر من سهم ، وهو ثلاثة ، فتضرب في عدد رؤوسهن . ولو كان عدد الأخوات عشرة ، وافق سهامهن عددهن بالنصف ، وترد عددهن إلى النصف ، ويكون نصيب كل أخت بعدد نصف ما لجميعهن من أصل المسألة ، وهو اثنان ، ويكون لكل أخ خمسة نصف عدد رؤوس الأخوات ، وللزوج ثلاثة مضروبة في نصف عدد رؤوسهن . أما إذا كان الكسر على صنفين ، ولم يكن بين الرؤوس والسهام موافقة ، أو كانت ، ورددتَ الرؤوس إلى

(١) في ط الطريق الخامس .

وفقها ، فانظر في عدد الرؤوس ، ولهما أحوال .

أحدها : أن يكونا متباينين ، فالحاصل من ضرب كل صنف في سهام الصنف الآخر من أصل المسألة هو نصيب كل واحد من الصنف المضروب في سهامهم ، والحاصل من ضرب عدد أحد الصنفين في الآخر ، إذا ضربته في نصيب الواحد من الذين لا كسر عليهم ، كان المبلغ نصيب ذلك الواحد من ذلك الصنف .

مثاله : خمس بنات ، وأربع زوجات ، وأربع جدات ، وأخ لأب ، هي من أربعة وعشرين ، وتصح من أربعمائة وثمانين ، والكسر في البنات والزوجات ، ولا موافقة . فإذا ضربت رؤوس البنات في سهام الزوجات ، حصل خمسة عشر ، فهو نصيب كل زوجة . وإذا ضربت الزوجات في سهام البنات ، حصل أربعة وستون ، فهو نصيب كل بنت . وإذا ضربت البنات في الزوجات ، حصل عشرون . فإذا ضربته في نصيب كل واحد من الجدات ، كان عشرين ، لأن لكل واحدة واحداً ، فهو نصيب كل جدة . وكذلك نصيب الأخ .

ولو كان بدل الأربع جدتان ، ضربت العشرين في اثنين ، فالحاصل نصيب كل جدة .

الحال الثاني : إذا كان عدد الرؤوس متوافقاً ، سواء تداخلا ، أم لا ، فإذا ضربت وفق أحد العددين في سهام الآخر ، كان الحاصل نصيب كل واحد من الصنف المضروب في سهامهم . وإذا ضربت وفق أحدهما في جميع الآخر ولا تداخل بينهما ، وضربت ما حصل في نصيب الواحد ممن لا كسر عليهم ، كان الحاصل نصيب الواحد من ذلك الصنف ، وإن تداخلا ، ضربت أكثرهما في النصيب ، فما حصل ، فهو نصيب الواحد منهم .

مثاله : زوج ، وتسعة إخوة لأم ، وخمسة عشر أختاً لأب ، هي من ستة ، وتعول إلى تسعة ، وتصح من أربعمائة وخمسة ، تضرب وفق عدد الاخوة في سهام الأخوات ، تبلغ اثني عشر ، فهو نصيب كل أخت ، ووفق عدد الأخوات في نصيب الإخوة ، تبلغ عشرة ، فهو نصيب كل أخ ، ووفق أحدهما في جميع الآخر ، تبلغ خمسة وأربعين ، تضربه في سهام الزوج ، وهي ثلاثة ، تبلغ مائة وخمسة وثلاثين ،

فهو نصيب الزوج . فإن كان عدد الاخوة اثني عشر ، وعدد الأخوات ست عشرة ، فالسهام توافق الأعداد ، فترجع الاخوة إلى ستة ، والأخوات إلى أربعة ، للموافقة بالربع ، وبين العددين موافقة بالنصف ، فتصح المسألة من مائة وثمانية . وإذا ضربت وفق الراجع من عدد الاخوة ، وهو ثلاثة ، في وفق سهام الأخوات ، وهو واحد ، كان الحاصل ثلاثة ، وهو نصيب كل أخت . وإذا ضربت وفق الراجع من عدد الأخوات ، وهو اثنان ، في وفق سهام الاخوة ، وهو واحد ، كان الحاصل اثنين ، وهو نصيب كل أخ . وإذا ضربت وفق أحد الراجعين في جميع الآخر ، حصل اثنا عشر ، فإذا ضربته في سهام الزوج من الأصل ، حصل ستة وثلاثون ، وهو نصيب الزوج .

الحال الثالث : إذا كان عدد الرؤوس متماثلاً ، فنصيب كل واحد من كل صنف بعدد ما كان لجميعهم من أصل المسألة ، ونصيب كل واحد ممن لا كسر عليهم ، هو الحاصل من ضرب ما كان له في عدد أحد الصنفين المنكسر عليهم .

مثاله : خمس بنات ، وخمس جدات ، وأخ ، هي من ستة ، وتصح من ثلاثين ، ونصيب كل بنت مثل ما كان لهن ، وهو أربعة ، ونصيب كل جدة مثل ما كان لهن ، وهو واحد ، ونصيب الأخ هو الحاصل من ضرب ما كان له في خمسة ، وهو خمسة . أما إذا كان الكسر على ثلاثة أصناف ، فانظر ، إن كانت أعداد الرؤوس متباينة ، فاعزل الصنف الذين تريد أن تعرف نصيبهم ، واضرب عدد أحد الآخرين في الآخر ، فما بلغ فاضربه في نصيب الصنف الذين عزلتهم ، فما بلغ فهو نصيب كل واحد منهم ، واضرب عدد رؤوس الأصناف الثلاثة بعضه في بعض ، فما بلغ فاضربه في نصيب من انقسم عليهم نصيبهم من أصل المسألة ، فما بلغ فهو نصيب كل واحد منهم .

مثاله : أربع زوجات ، وثلاث جدات ، وخمس بنات ، وأخت لأب ، هي من أربعة وعشرين ، وتصح من ألف وأربعمائة وأربعين . فإذا أردت أن تعرف نصيب الزوجات ، فاعزلهن واضرب البنات في الجدات ، تبلغ خمسة عشر ، اضربه في نصيب الزوجات في الأصل ، تبلغ خمسة وأربعين ، فهو نصيب كل زوجة . وعلى هذا القياس حكم البنات . واضرب لمعرفة نصيب الأخت عدد الأصناف المنكسر

عليهم بعضهم في بعض ، تبلغ ستين ، اضربه في نصيبها من أصل المسألة ، وهو واحد ، تبلغ ستين ، فهو نصيبها . وإن كانت الأعداد متوافقة أو متماثلة ، فالعمل على قياس ما ذكرنا في الكسرين . وصورة التماثل هيِّنة ، وأما التوافق ، فكتسع بنات ، وست جدات ، وخمسة عشر أخاً ، هي من ستة ، وتصح من خمسمائة وأربعين . فإذا أردت معرفة نصيب البنات ، فاعزلهن واضرب وفق أحد الصنفين من الجدات والاخوة في وفق الآخر ، تبلغ عشرة ، تضرب في نصيب البنات ، تبلغ أربعين ، فهذا نصيب كل بنت . وكذا تعزل الجدات وتضرب وفق أحد الصنفين الآخرين في وفق الثاني ، تبلغ خمسة عشر ، تضربها في نصيب الجدات ، تبلغ خمسة عشر ، فهو نصيب كل جدة . وتعزل الاخوة ، وتضرب وفق أحد الآخرين في وفق الثاني ، تبلغ ستة ، تضربها في نصيبهم ، تبلغ ستة ، فهو نصيب كل أخ .

النظر الثاني : في المناسخات .

فإذا مات عن جماعة ، ثم مات أحدهم قبل قسمة التركة ، فللمسألة حالان .

أحدهما : أن تنحصر ورثة الميت الثاني في الباقين ، ويكون إرثهم من الثاني مثل الإرث من الأول ، فتجعل الميت الثاني كأن لم يكن ، وتقسم التركة على الباقين ، ويتصور ذلك إذا كان الإرث عنهما بالعصوبة ، كمن مات عن إخوة وأخوات من الأب ، ثم مات أحدهم عن الباقين ، أو عن بنين وبنات ، ثم مات أحدهم عن إخوته ، وأخواته . وفيما إذا كان الإرث عنهما بالفرض في بعض الصور ، كمن ماتت عن زوج ، وأم ، وأخوات مختلفات الآباء ، ثم نكح الزوج إحداهن ، فماتت عن الباقين . وفيما إذا ورث بعضهم بالفرض وبعضهم بالعصوبة ، كمن مات عن أم ، وإخوة لأم ، ومعتق ، ثم مات أحد الاخوة عن الباقين . ولا فرق بين أن يرث كل الباقين من الثاني أو بعضهم ، كمن مات عن زوجة وبنين ، وليست أمَّهم ، ثم مات أحد البنين عن الباقين .

الحال الثاني : أن لا يكون كذلك ، بأن لا ينحصروا ، إما لأن الوارث غيرهم ، وإما لأن غيرهم يشركهم ، وإما لاختلاف مقادير استحقاقهم ، فنصحح مسألتي الأول والثاني جميعاً ، وننظر في نصيب الثاني من مسألة الأول . فإن انقسم نصيبه على مسألته ، فذاك ، وإلا ، فنقابل نصيبه بمسألته المصححة ، إن كان بينهما موافقة ، ضرب أقل جزء الوفق من مسألة الثاني في جميع مسألة الأول . وإن لم

يكن ، ضرب جميع مسألته في جميع مسألة الأول ، فما بلغ ، صحت منه المسألتان . وإذا أردت معرفة نصيب كل واحد من الورثة مما حصل من الضرب ، فقل : كل من له شيء من المسألة الأولى ، يأخذه مضروباً فيما ضربته في المسألة الأولى ، وهو جميع المسألة الثانية أو وفقها . ومن له شيء من الثانية ، يأخذه مضروباً في نصيب الميت الثاني من المسألة الأولى ، أو في وفق النصيب إن كان بين مسألته ونصيبه وفق .

مثاله : زوج ، وأختان لأب ، ماتت إحداهما عن الأخرى وعن بنت ، المسألة الأولى من سبعة ، والثانية من اثنين ، ونصيب الميت الثاني من الأول اثنان .

زوجة ، وثلاث بنين ، وبنت ، ثم ماتت البنت عن أم وثلاثة إخوة ، وهم الباقون من ورثة الأول ، فالأولى من ثمانية ، والثانية تصح من ثمانية عشر ، ونصيب الميتة من الأول سهم لا يوافق ، فتضرب الثانية في الأولى ، تبلغ مائة وأربعة وأربعين ، للزوجة سهم مضروب في ثمانية عشر ، ولكل ابن سهمان في ثمانية عشر ، تبلغ ستة وثلاثين ، وللأم من الثانية ثلاثة مضروبة في سهم الميتة وهو واحد ، ولكل أخ خمسة ، فحصل للأم من المسألتين أحد وعشرون ، ولكل أخ أحد وأربعون .

جدتان ، وثلاث أخوات متفرقات ، ثم ماتت الأخت للأم عن أخت لأم ، وهي الأخت للأبوين في المسألة الأولى ، وعن أختين لأبوين ، وعن أم وهي إحدى الجدتين ، فالأولى من اثني عشر ، والثانية من ستة ، ونصيب الميتة من الأولى سهمان ، ونصيبها ومسألتها يتوافقان بالنصف ، فتضرب نصف مسألتها في الأولى ، تبلغ ستة وثلاثين ، كان للجدتين سهمان ، تضربهما في ثلاثة ، تبلغ ستة ، وكذا الأخت للأب ، وكان للأخت من الأبوين ستة ، تضربها في ثلاثة ، تبلغ ثمانية عشر ، ولها من الثانية سهم مضروب في وفق نصيب الميتة وهو سهم ، وللأختين للأبوين أربعة مضروبة في سهم ، وللجدة سهم في سهم ، فحصل للأخت الوارثة في المسألتين تسعة عشر ، وللجدة الوارثة فيهما أربع .

فرع : لو مات ثالث قبل قسمة التركة ، فلك طريقان . أحدهما : تصحح المسائل الثلاث ، وتأخذ نصيب الميت الثالث من الأولين ، وتقابله بما صحت منه

مسألته ، فإن انقسم نصيبه على مسألته ، فذاك ، وإلا ، فإن توافقا ، ضربت وفق مسألته فيما صحت منه الأوليان . وإن تباينا ، ضربت مسألته فيه . وعلى هذا القياس تعمل إذا مات رابع وخامس قبل القسمة . ثم من كان له شيء من المسألتين الأوليين ، أو من إحداهما ، أخذه مضروباً في الثالثة ، أو في وفقها ، ومن كان له شيء من الثالثة ، أخذه مضروباً في نصيب الثالث من المسألتين الأولين ، أو في وفقه .

الطريق الثاني : أن تصحح كل مسألة برأسها ، وتقابل نصيب كل ميت بمسألته ، فمن انقسم نصيبه على مسألته ، فلا اعتداد بمسألته . ومن لم ينقسم ، [حفظتَ] مسألته بتمامها إن لم توافق نصيبه ، أو وفقها إن توافقا ، وفعلتَ بها ما تفعل بأعداد الأصناف المنكسر عليهم سهامهم من المسألة الواحدة ، فما حصل ضربته في المسألة الأولى ، فما حصل قسمته ، فتضرب ما لكل واحد من الأولى في العدد المضروب فيها ، فما خرج فهو له إن كان حياً ، ولورثته إن كان ميتاً .

مثاله : زوجة ، وبنت ، وثلاثة بني ابن ، ثم ماتت البنت عن زوج ، وأخ لأم ، وأم وهي الزوجة ، ثم مات أحد ابني الابن عن زوجة ، وبنت ، وابن ابن ، وجدة ، وهي الزوجة في المسألة الأولى ، ثم مات آخر عن هذه الجدة ، وعن خمسة بنين وخمس بنات ، فالأولى ، من ثمانية ، والثانية ، من ستة ، والثالثة ، من أربعة وعشرين ، والرابعة ، من ثمانية عشر ، ونصيب البنت يوافق مسألتها بالنصف ، فتردّ مسألتها إلى ثلاثة ، فإذاً معنا ثلاثة ، وثمانية عشر ، وأربعة وعشرون ، والثلاثة داخلة في أربعة وعشرين ، فتقتصر عليها ، وهي توافق ثمانية عشر بالسدس ، فتضرب سدس أحدهما في جميع الآخر ، تبلغ اثنين وسبعين ، تضربها في مسألة الميت الأول وهي ثمانية ، تبلغ خمسمائة وستة وسبعين ، ومنها تصح المسائل ، فمن له شيء من الأولى ، يضرب نصيبه في اثنين وسبعين ويقسم على ورثته .

زوجة وثلاثة إخوة ، ثم مات أحدهم عن ابنين ، والثاني عن ابنين وبنت ، والثالث عن ابن وبنت ، فالأولى من أربعة ، والثانية ، من اثنين ، والثالثة ، من خمسة ، والرابعة ، من ثلاثة ، والسهام لا توافق المسائل ، فتضرب المسائل الثلاث بعضها في بعض ، تبلغ ثلاثين ، تضربه في المسألة الأولى ، تبلغ مائة وعشرين ،

للزوجة منها سهم في ثلاثين ، ولكل أخ كذلك . فما للأول لابنيه ، لكل واحد خمسة عشر . وما للثاني لابنيه وبنته ، لكل ابن اثنا عشر ، وللبنت ستة . وما للثالث بين ابنه وبنته ، له عشرون ، ولها عشرة .

فرع : هذا الذي ذكرنا ، تصحيح المناسخات . قال الفرضيون : وقد يمكن اختصار الحساب بعد الفراغ من عمل التصحيح ، وذلك إذا كانت أنصباء الورثة كلُّها متماثلة ، فترد المسألة إلى عدد رؤوسهم ، وكذلك إذا كانت متوافقة بجزء صحيح ، فيؤخذ ذلك الوفق من نصيب كل واحد ، يقسم المال بينهم على ذلك العدد ، كزوجة ، وبنت ، وثلاثة بنين منها ، ثم مات أحد البنين عن الباقين ، فالمسألة الأولى ، من ثمانية والثانية ، من ستة ، ونصيب الميت الثاني سهمان يوافقان مسألته بالنصف ، فتضرب نصف مسألته في الأولى ، تبلغ أربعة وعشرين ، للزوجة ثلاثة ، وللبنت ثلاثة ، ولكل ابن ستة ، ومن نصيب الثاني ، للأم سهم ، وللأخت سهم ، ولكل أخ سهمان ، فمجموع ما للأم أربعة ، وللأخت كذلك ، ولكل أخ ثمانية ، فالأنصباء متوافقة بالربع ، فتأخذ ربع كل نصيب ، يبلغ المجموع ستة ، فتقسم المال عليها اختصاراً .

أما إذا لم يكن بين الأنصباء موافقة ، أو وافق بعضها فقط ، فلا يمكن الاختصار .

المقصود الثاني : قسمة التركات ، وله أصل وفروع متشعبة .

أما الأصل ، فإن كانت التركة دراهم أو دنانير أو غيرهما مما ينقسم بالأجزاء ، كالمكيلات والموزونات ، قسمت عينها بين الورثة . وإن كان مما لا ينقسم بالأجزاء ، كالعبيد والجواري والدواب ، قُوِّم ثم قُسم بينهم بالقيمة ، فما أصاب كل واحد من القيمة فله بقدرها من المقوَّم . وطريقه : أن يُنظر في التركة ، أهي عدد صحيح من الدراهم وغيرها ، أم عدد وكسر ؟ فإن كان الأول ، قابلت التركة بالمسألة بعولها إن عالت . فإن تماثلا ، فلا إشكال ، وإلا ، فإن تباينا ، فاضرب نصيب كل وارث من أصل المسألة بعولها ، أو مما صحت منه المسألة في عدد التركة ، فما بلغ فاقسمه على أصل المسألة بعولها ، أو على ما صحت منه المسألة ، فما خرج من القسمة ، فهو نصيب ذلك الوارث .

وإن شئت قسمت التركة أوَّلاً على أصل المسألة بعولها ، أو على ما صحت منه ، فما خرج بالقسمة ، فاضربه في سهم كل وارث ، فما بلغ فهو نصيبه . وإن كانا متوافقين ، فإن عملت كما عملتَ في المتباينين ، حصل الغرض ، وإن أردت الاختصار ، فخُذ وفقهما ، واضرب سهم كل وارث في وفق التركة ، فما بلغ فاقسمه على وفق المسألة ، فما خرج فهو نصيبه من التركة . وإن شئتَ فاقسم وفق التركة على وفق المسألة ، فما خرج فاضربه في سهم كل وارث ، فما بلغ فهو نصيبه . وإذا فرغت من العمل ، امتحنت صحته ، بأن تجمع ما أصاب كل واحد من الورثة ، وتنظر هل المجموع مثلُ التركة ، أم لا ؟

الأمثلة :

زوج ، وأم ، وأختان لأب ، وأخوان لأم ، والتركة ستون ديناراً ، فالمسألة من ستة ، وتعول إلى عشرة . فإن شئت ضربت سهام الزوج في ستين ، تبلغ مائة وثمانين ، تقسمها على المسألة ، يخرج ثمانية عشر ، فهو نصيب الزوج ، وتضرب نصيب الأم في ستين ، يكون ستين ، تقسمه على المسألة ، يخرج ستة ، فهو نصيبها . وتضرب نصيب الأخوين فيها يكون مائة وعشرين ، تقسمه على المسألة ، يخرج اثنا عشر ، فهو نصيبهما وتضرب نصيب الأختين ، يكون مائتين وأربعين ، تقسمها على المسألة ، يخرج أربعة وعشرون ، فهو نصيبهما . وإن شئت قسمت التركة على المسألة ، يخرج ستة ، تضربها في سهام كل وارث ، يخرج ما ذكرنا .

زوج ، وأم ، وأخت لأب ، والتركة أربعة دراهم . المسألة تعول إلى ثمانية ، تضرب نصيب الزوج في التركة ، يكون اثني عشر ، تقسمه على سهام المسألة ، يخرج للسهم درهم ونصف ، وكذلك نصيب الأخت . وتضرب نصيب الأم وهو سهمان في أربعة ، تبلغ ثمانية تقسم على المسألة ، يخرج واحد ، فهو نصيبها .

ثلاث زوجات ، وأربعة إخوة لأم ، وخمس أخوات لأب ، والتركة خمسة وسبعون ديناراً . المسألة تعول إلى خمسة عشر ، وتوافق التركة بأجزاء خمسة عشر ، فتردهما إلى جزء الوفق ، فتعود التركة إلى خمسة ، والمسألة إلى واحد ، ثم إن شئت ضربت سهام الزوجات ، وهي ثلاثة ، في وفق التركة ، وهو خمسة ، تبلغ خمسة

عشر ، فهو للزوجات . وضربت سهام الاخوة ، وهي أربعة ، في الخمسة ، تبلغ عشرين ، فهو نصيبهم ، وسهام الاخوات ، وهي ثمانية ، في الخمسة ، تبلغ أربعين ، فهو نصيبهن . وإن شئت قسمت وفق التركة ، وهو خمسة ، على وفق المسألة وهو واحد ، يخرج خمسة ، تضرب في سهام كل وارث ، يكون على ما ذكرنا .

فرع : فإن كانت التركة عدداً وكسراً ، نظر ، إن كان الكسر واحداً ، ضربت مخرج ذلك الكسر في الصحاح ، فما خرج فردَّ عليه الكسر ، واقسم المجموع على الورثة كما تقسم الصحاح ، ثم اجعل ما خرج بالقسمة بعدد مخرج ذلك الكسر واحداً صحيحاً ، وأضف إليه الباقي .

مثاله : زوج وأختان ، والتركة عشرة دراهم ونصف ، تضرب مخرج النصف ، وهو اثنان ، في العشرة ، تبلغ عشرين ، وتزيد على النصف واحداً ، فكأن التركة أحد وعشرون صحاحاً ، تعمل بها عملك بالصحاح ، فيخرج للزوج تسعة أنصاف هي أربعة دراهم ونصف ، ولكل أخت ستة أنصاف وهي ثلاثة دراهم .

ولو كانت المسألة بحالها ، والتركة ثمانية وثلاثة أرباع ، ضربت مخرج الربع ، وهو أربعة ، في الثمانية ، تبلغ اثنين وثلاثين ، تزيد عليه الكسر ، وهو ثلاثة ، تبلغ خمسة وثلاثين ، تقسم كقسمة الصحاح ، يخرج للزوج خمسة عشر ، وهو ثلاثة دراهم وثلاثة أرباع درهم ، ولكل أخت عشرة ، وهي درهمان ونصف .

وإن كان مع الصحاح كسران ، كربع وسدس ، أخذت مخرج مجموعهما ، وهو اثنا عشر ، وضربته في الصحاح ، وتممت العمل كما ذكرنا[1] .

---

(١) قال الشيخ البلقيني : لكن لم يبين المصنف ولا الرافقي ما يراد ، وبسط ذلك ، أنه إذا مات عن زوجة وأم وأختين وتركته خمسة دراهم وربع وسدس ثم فإنك إذا أخذت مخرج مجموعها وهو اثنا عشر وضربته في الصحاح بلغ ستين وحينئذ فتزيد على مجموع عدد الكسرين من مخرجهما وهو خمسة فتبلغ خمسة وستين ، ثم اعمل الباقي بما قرره المصنف بيانه أنك إذا أردت أن تعرف نصيب الزوجة مثلا فخذ سهامها وهي ثلاثة واضربها في هذا المبلغ وهو خمسة وستون يصير ذلك مائة وخمسة وتسعين يقسم على سهام المسألة وهي ثلاثة عشر فما خص سهماً وهو خمسة عشر فهو نصيب الزوجة وتجمع باعتبار آحاد المخرج وهو اثنا عشر فيكون لها ثم وربع وقس الباقي .

فصل : وأما الفروع المتشعبة ، فتتنوع أنواعاً كثيرة ، نذكر منها مسائل إن شاء الله تعالى .

مسألة : أخذ بعض الورثة قدراً معلوماً من التركة ، وأردت معرفة جملتها ، فأقم سهام المسألة بعولها إن عالت ، ثم إن شئت ضربت المأخوذ في سهام المسألة ، فما بلغ قسمته على سهام الآخذ ، فما خرج بالقسمة فهو جملة التركة . وإن شئت قسمت المأخوذ على سهام الآخذ ، وضربت الخارج من القسمة في سهام المسألة ، فما بلغ فهو التركة .

مثاله : زوج ، وأم ، وأختان لأب ، وأخذ الزوج بحقه ثلاثين ديناراً ، إن شئت ضربت الثلاثين في سهام المسألة وهي ثمانية ، يكون مائتين وأربعين ، تقسم على سهام الزوج ، وهي ثلاثة ، يخرج ثمانون ، فهو التركة . وإن شئت قسمت الثلاثين على سهامه ، يخرج عشرة ، تضربها في سهام المسألة تبلغ ثمانين .

ولك طريق آخر ، وهو أن تنظر فيما بين سهام الآخذ وسهام الباقين من النسبة ، وتزيد على المأخوذ مثل نسبة سهامهم من سهامه ، فهو جملة التركة . ففي المثال المذكور ، سهام باقي الورثة مثل سهام الزوج ، ومثل ثلثيها ، فتزيد على الثلاثين مثلها ومثل ثلثيها ، تبلغ ثمانين .

مسألة : زوجة ، وأم ، وثلاث أخوات متفرقات ، والتركة ثلاثون درهماً وثوب ، أخذت الزوجة الثوب بنصيبها برضى الورثة ، كم قيمة الثوب وجملة التركة ؟ فالطريق فيها وفي أخواتها ، أن تقيم أصل المسألة بعولها إن عالت ، وهذه المسألة تعول إلى خمسة عشر . ثم لك طريقان . أحدهما : أن تضرب سهام الزوجة من المسألة في عدد الدراهم فتبلغ تسعين ، فتقسم التسعين على ما بقي من سهام المسألة بعد سهام الزوجة ، وهي اثنا عشر ، يخرج سبعة ونصف ، فهو قيمة الثوب . وإن شئت قسمت الدراهم على باقي سهام الورثة ، وهي اثنا عشر ، يخرج درهمان ونصف ، تضربه في سهام الزوجة ، تبلغ سبعة ونصفاً . وإن شئت نسبت سهامها إلى سهام الباقين ، فإذا هي ربع سهام الباقين ، فتأخذ ربع الثلاثين ، وهو سبعة ونصف ، فهذه ثلاثة أوجه .

الطريق الثاني : طريق الجبر ، تقول : إذا أخذت بخمس التركة ثوباً ، فجملة

التركة خمسة أثواب ، وهي تعدل ثوباً وثلاثين درهماً ، فتسقط ثوباً بثوب ، فتبقى أربعة أثواب في مقابلة ثلاثين درهماً ، فتعلم أن الثوب الواحد سبعة ونصف . أو تقول : خمس التركة خمس ثوب وستة دراهم ، وقد أخذت بالخمس ثوباً ، فهو يعدل خمس ثوب وستة دراهم . تسقط الخمس بالخمس ، يبقى أربعة أخماس ثوب في مقابلة ستة دراهم ، فتكمل الثوب بأن تزيد على الأخماس الأربعة ربعها ، وتزيد على العديل ربعه ، وذلك سبعة ونصف .

ولو كانت المسألة بحالها ، وأخذت مع الثوب خمسة دراهم ، فعلى الطريق الأول ، تنقص الخمسة من الثلاثين ، يبقى خمسة وعشرون ، ثم تضرب نصيبها من المسألة في الخمسة والعشرين ، تكون خمسة وسبعين ، تقسم على سهام الباقين ، وهي اثنا عشر ، يخرج ستة دراهم وربع ، وهو نصيبها من التركة . فإذا نقصت منها الخمسة ، يبقى درهم وربع ، وهو قيمة الثوب . وبالجبر تقول : أخذت بخمس التركة ثوباً وخمسة دراهم ، فجميع التركة خمسة أثواب وخمسة وعشرون درهماً ، تعدل ثوباً وثلاثين درهماً ، فتسقط ثوباً بالثوب ، وخمسة وعشرين بالخمسة والعشرين ، يبقى أربعة أثواب في مقابلة خمسة دراهم ، فالثوب الواحد درهم وربع . ولو كانت المسألة بحالها ، وأخذت الثوب وزدت ستة دراهم ، فعلى الطريق الأول ، تزاد السنة المردودة على الثلاثين ، وتضرب سهام الزوجة في الستة والثلاثين ، تبلغ مائة وثمانية ، تقسم على اثني عشر ، يخرج بالقسمة تسعة ، فهو نصيبها من التركة . فإذا زدت ستة على التسعة ، فهي قيمة الثوب . وعلى طريق الجبر يقال : أخذت بخمس التركة ثوباً إلا ستة دراهم ، فجميع التركة خمسة أثواب إلا ثلاثين درهماً ، تعدل ثوباً وثلاثين درهماً ، فتكمل الثياب بثلاثين درهماً ، ويزاد مثل ذلك على العديل ، فتصير خمسة أثواب معادلة لستين درهماً وثوب ، يسقط ثوباً بالثوب ، يبقى أربعة أثواب في مقابلة ستين درهماً ، فالثوب الواحد خمسة عشر . ولو كانت بحالها ، والتركة ثلاثون وثوب وعبد وخاتم ، أخذت الزوجةُ بنصيبها الثوب ، والأمُّ العبد ، والأختُ للأم الخاتم ، فعلى الطريق الأول ، تضرب سهام الزوجة ، وهي ثلاثة ، في ثلاثين ، تبلغ تسعين ، تقسمها على الثمانية التي للباقين ، يخرج بالقسمة أحد عشر وربع ، أو تقسم الثلاثين على الباقي من المسألة بعد سهام الزوجة والأم والأخت للأم ، وهو ثمانية ، يخرج ثلاثة وثلاثة أرباع ، تضربها في سهام الزوجة ، تبلغ أحد عشر

وربعاً ، فهو قيمة الثوب ، ولي سهمي الأم تبلغ سبعة ونصفاً ، فهو قيمة العبد ، وكذلك قيمة الخاتم . وبالجبر يقال : أخذت الزوجة بالخمس ثوباً ، والأم بثلثي الخمس عبداً ، والأخت بمثله خاتماً ، بقي من السهام ثمانية ، وهي خمسان وثلثا خمس ، يكون ثوبين وثلثي ثوب ، فالجملة ثلاثة أثواب وثلثا ثوب وعبد وخاتم ، وهي تعدل ثوباً وعبداً وخاتماً وثلاثين درهماً ، تسقط ثوباً بالثوب ، والعبد بالعبد ، والخاتم بالخاتم ، يبقى ثوبان وثلثا ثوب في مقابلة ثلاثين درهماً ، فالواحد يعدل أحد عشر وربعاً .

ولو كانت بحالها ، والتركة ثلاثون وثوبان يتفاوتان في القيمة بدرهمين ، وأخذت الزوجة بنصيبها الثوب الأدنى على الطريق الأول ، يزيد التفاوت بينهما على الدراهم ، فتصير اثنين وثلاثين ، تضرب سهام الزوجة فيها ، يكون ستة وتسعين ، تقسمها على الباقي من سهام المسألة بعد إسقاط نصيب الزوجة وهو ثلاثة ، وبعد إسقاط مثله للثوب الآخر ، فالباقي تسعة يخرج من القسمة عشرة دراهم وثلثا درهم ، فهو قيمة ما أخذته . وبالجبر تقول : أخذتْ بالخمس ثوباً ، فالجميع خمسة أثواب تعدل التركة، وهي ثوبان واثنان وثلاثون درهماً ، تسقط ثوبين بثوبين ، يبقى ثلاثة أثواب تعدل اثنين وثلاثين درهماً ، فالواحد يعدل عشرة وثلثين .

ولو أخذت الزوجة بنصيبها الثوب الأعلى ، فتزيد الدرهمين على الثلاثين ، تصير التركة اثنين وثلاثين درهماً وثوبين متساويين ، أخذت الزوجة بثلاثة أسهم ثوباً ودرهمين ، فيخص ثلاثة أسهم أخرى مثل ذلك . فإذا أسقطناها ، بقي من سهام المسألة تسعة ، ومن التركة ثمانية وعشرون درهماً ، تضرب سهام الزوجة في ثمانية وعشرين ، تبلغ أربعة وثمانين ، تقسمها على التسعة الباقية ، يخرج تسعة وثلث ، فهو قيمة الثوب الأعلى ، وقيمة الأدنى سبعة وثلث ، وجميع التركة ستة وأربعون درهماً وثلثان .

مسألة : ابنان والتركة ثوبان بينهما تفاوت دينارين ، أخذ أحدهما ثلاثة أرباع الأعلى ، كم قيمة كل واحد ؟ فطريقه : أن تزيد التفاوت عليهما ، فتجعلُ التركة ثوبين ودينارين ، ولكل ابن ثوب ودينار ، وقد أخذ أحدهما ثلاثة أرباع ثوب وديناراً ونصفاً ، فتقابل به حقه وهو ثوب ودينار ، وتسقط ثلاثة أرباع ثوب بمثلها ، وديناراً

بدينار ، يبقى ربع ثوب في مقابلة نصف دينار ، فالثوب الكامل يعدل دينارين ، فهما قيمة الأدنى ، وقيمة الأعلى أربعة ، وجملة التركة ستة .

مسألة : زوج ، وابن ، أخذ الزوج بميراثه وبدين له على الميتة ثلث المال ، المسألة من أربعة ، تسقط منها سهم الزوج ، يبقى ثلاثة تضربها في مخرج الكسر المذكور ، وهو ثلاثة ، تبلغ تسعة ، منها تخرج المسألة ، للزوج ثلاثة ، وللابن ستة . وإذا كان للابن بثلاثة أسهم ستة ، كان للزوج بسهم اثنان ، فاثنان إرث ، وواحد دَين . وتقول بطريق آخر : المسألة من أربعة ، والدين شيء ، فجملة التركة أربعة أسهم وشيء ، منها سهم وشيء ثلث المال ، وثلاثة أسهم ثلثاه ، والثلث يعدل نصف الثلثين . فإذاً سهم وشيء يعدل سهماً ونصف سهم ، السهم بالسهم ، يبقى شيء في مقابلة نصف سهم ، فتعلم أن الشيء المضموم إلى السهام الأربعة نصف سهم . فإذا بسطناها أنصافاً كانت تسعة .

مسألة : ابن وبنت ، انتهبا التركة ، ثم ردَّ كل واحد منهما على صاحبه ربع ما انتهب ، فوصل كل واحد إلى حقه من الميراث ، يجعل ما انتهبه الابن أربعة أشياء ، وما انتهبته البنت أربعة دنانير . فإذا ردَّ الابن ربع ما انتهبه ، وأخذ منها ربع ما انتهبته ، حصل في يده ثلاثة أشياء ودينار ، وفي يدها ثلاثة دنانير وشيء ، ومعلوم أن حقه ضعف حقها ، فضعف ما معها مثل ما معه ، وضعف ما معها ستة دنانير وشيئان ، تعدل ثلاثة أشياء وديناراً ، فتسقط ديناراً بدينار ، وشيئين بشيئين ، يبقى خمسة دنانير تعدل شيئاً ، فعرفنا أن قيمة الشيء خمسة ، وقيمة الدينار واحد ، وجملة التركة أربعة أشياء وأربعة دنانير ، فيكون أربعة وعشرين ، ما انتهبه الابن عشرون ، وما انتهبته البنت أربعة . فإذا دفع إليها خمسة وأخذ منها واحداً ، كان معه ستة عشر ، ومعها ثمانية . وتعرف هذه المسألة ونظائرها بـ « مسألة النُّهبى » .

فصل في مسائل من الحساب ، تتعلق بأبواب سبقت أحكامها :

إحداها : سبق أن المفقود إذا مات له قريب ، وخلف ورثة أيضاً حاضرين ، يؤخذ في حق الجميع بالأسوإ من حياة المفقود وموته في إسقاطه وفي دفع الأقل إليه . وطريق معرفة الأقل : أن تصحح المسألة على تقديري حياته وموته ، وتضرب إحداهما في الأخرى إن لم تتوافقا ، فإن توافقتا ، ضربت وفق إحداهما في جميع الأخرى ، ثم

كل من ورث على التقديرين تضرب ما يرثه من كل مسألة في الأخرى ، أو في وفقها ، وتصرف إليه الأقل مما حصل من الضربين .

مثاله : أختان لأب ، وعمٌ ، وزوجٌ مفقود . فإن كان حياً ، فهي من سبعة ، وإلا ، فمن ثلاثة ، ولا موافقة بينهما ، فتضرب أحدهما في الآخر ، يبلغ أحداً وعشرين ، للأختين [من] مسألة الحياة أربعة في ثلاثة باثني عشر ، ومن مسألة الموت سهمان في سبعة بأربعة عشر ، فيصرف إليهما اثنا عشر ، ويوقف الباقي ، فإن عُرف حياة الزوج ، دُفع إليه ، وإن عُرف موته ، فسهمان من الموقوف للأختين ، والباقي للعم .

أم ، وزوج ، وأختان لأب ، وابن مفقود . فإن كان حيّاً ، فالمسألة من اثني عشر ، وإن كان ميتاً ، عالت إلى ثمانية ، وهما متوافقان بالربع ، فتضرب ربع أحدهما في الآخر ، تبلغ أربعة وعشرين ، للأم من مسألة الحياة سهمان مضروبان في وفق مسألة الموت ، تكون أربعة ، ومن مسألة الموت سهم في وفق مسألة الحياة ، تكون ثلاثة ، فتعطى ثلاثة ، وللزوج من الحياة ثلاثة في وفق الموت ، تكون ستة ، ومن الموت ثلاثة في وفق الحياة ، تكون تسعة ، فيُعطى ستة ، ويوقف الباقي .

والثانية[1] : طريق تصحيح مسائل الخنثى على جميع الحالات ، وطلب الأقل المتيقن : أن تقيم المسألة على جميع الحالات . فإن كان الخنثى واحداً ، فله حالان . إما ذكرٌ ، وإما أنثى . وإن كان خنثيان ، فهما ثلاثة أحوال ، لأنهما ذكران أو أنثيان ، أو ذكر وأنثى ، ولثلاثة خناثى أربعة أحوال ، وعلى هذا القياس . فإذا ضبطت أصل كل حال ، فخذ اثنين منها ، وانظر أهما متماثلان ، أم متداخلان ، أم متوافقان ، أم متباينان ؟ واعمل فيهما عملك عند الانكسار على فريقين ، ثم قابل الحاصل معك بأصل ثالث ، وهكذا تفعل حتى تأتي على آخرها ، ثم إن لم يكن في المسألة صاحب فرض ، صحت مما عندك ، وإن كان ، ضربته من مخرج الفرض ثم قسمت .

---

(١) في هامش ط والمسألة الثانية .

مثاله : ولدان خنثيان ، إن كانا ذكرين ، فالمسألة من اثنين . أو أنثيين ، فمن ثلاثة ، وكذلك[١] الذكر والأنثى ، فتسقط أحد الثلاثتين ، وتضرب الأخرى في اثنين ، تبلغ ستة ، تعطي كل واحد اثنين ، لأنه الأقل .

زوج ، وولدان خنثيان ، تضرب الستة التي صحت منها مسألتهما عند انفرادهما في مخرج الربع ، تبلغ أربعة وعشرين ، للزوج منها ستة ، ولكل واحد منهما ستة ، لاحتمال أنوثته وذكورة الآخر .

ابن ، وولدان خنثيان ، إن كانا ذكرين ، فمن ثلاثة . أو أنثيين ، فمن أربعة . أو ذكراً وأنثى ، فمن خمسة ، وكلها متباينة ، فتضرب بعضها في بعض ، تبلغ ستين ، للابن عشرون ، ولكل واحد منهما اثنا عشر ، لاحتمال أنوثته وذكورة الآخر .

قلت : ثلاثة أولاد خناثى ، إن كانوا ذكوراً ، فمن ثلاثة ، أو إناثاً ، تصح من تسعة ، أو ذكراً وأنثيين ، فمن أربعة ، أو عكسه ، فمن خمسة ، والثلاثة داخلة في التسعة ، فتضرب الأعداد الثلاثة بعضها في بعض ، تبلغ مائة وثمانين[٢] ، منها تنقسم ، تعطي كل واحد سهماً من خمسة في أربعة ، ثم في تسعة بستة وثلاثين . فإن بان واحد أنثى ، لم تردَّه ، لبقاء الاحتمال ، وتزيد صاحبيه كلَّ واحد تمام أربعين إذ أسوأ أحوالهما أن يكونا أنثيين . فإن بان أحد الآخرين أنثى ، لم تزدهما ، وتزيد الأول تمام الأربعين . فإن بان الثالث أنثى ، فلا زيادة لهن . وإن بان ذكراً ، تمم له تسعون ، ولكل واحد منهما خمسة وأربعون . والله أعلم .

---

(١) في ط وكذا .

(٢) ما ذكر أنها تصح من مائة وثمانين خالفه فيه القاضي البارزي في توضيح الحاوي فقال : إنها تصح من ستين ، والذي في الروضة هو الصواب وما قاله البازري سهو فإنه قال : إن كان ذكوراً وإناثاً فمن ثلاثة وهو صحيح في الذكور فقط وفي الإناث يصح من تسعة وبتقدير ذكورة الاثنين من خمسة وبتقدير أبويه اثنين من أربعة فحصل معنا ثلاثة وتسعة وخمسة وأربعة والثلاثة داخلة في التسعة فيكتفى بها وتضرب خمسة في أربعة بعشرين ثم في تسعة تبلغ مائة وثمانين ومنها يصح وطريق الصرف إليهم أن أصل الأحوال في حق كل واحد أبويته مع ذكورة الآخرين فيصرف إلى كل واحد من الخمس وهو ستة وثلاثون وتوقف هو اثنان وسبعون فإن ظهرت ذكورتهم فهو لهم بالسوية فيكمل لهم مائة وعشرين تكملة الثلثين والباقي للعصبة وإن بان ذكورة واحد وأنوثة اثنين كمل للذكر تمام تسعين ولها كذلك وإن بانت ذكورة اثنين وأنوثة واحد دفع الباقي إلى الذكرين وهو تكملة مائة وأربعين .

الثالثة[١] : في تصحيح مسائل الحمل تفريعاً على أن أكثره أربعة ، وأن من ليس له فرض مقدَّر كالأولاد، يأخذ مع الحَمْل شيئاً، فتقام المسألة على تقدير ولد واحد ، وله حالان ، لأنه ذكر أو أنثى ، وعلى تقدير ولدين ، ولهما ثلاثة أحوال ، وعلى تقدير ثلاثة ، ولهم أربعة أحوال ، وعلى تقدير أربعة ، ولهم خمسة أحوال ، ثم ينظر في الأعداد ، ويكتفى مما تماثل بواحد ، ومما تداخل بالأكثر ، ومما توافق بجزء الوفق ، وتترك المتباينة بحالها ، وتضرب ما حصل من الأعداد بعضها في بعض ، فما بلغ ، صحت منه القسمة ، ويعطى الموجود على تقدير الأضرّ .

الرابعة[٢] : في تصحيح مسائل الاستهلال .

فإذا مات عن ابن وزوجة حامل ، فولدت ابناً وبنتاً ، واستُهل أحدهما فوجدا ميتين ، ولم يعلم المستهل ، فقد سبق أنه يعطى كل وارث أقل ما يستحقه . وطريق معرفته أن يقال : المسألة الأولى تصح من ستة عشر إن كان المستهل هو الابن ، للزوجة سهمان ، ولكل ابن سبعة ، ومسألة الابن المستهل من ثلاثة ، والسبعة لا تنقسم على الثلاثة ، ولا توافقها ، فتضرب ثلاثة في ستة عشر ، تبلغ ثمانية وأربعين ، للزوجة الثمن ستة ، ولكل ابن أحد وعشرون ، للأم منها سبعة ، وللأخ أربعة عشر ، فيجتمع للأم منها ثلاثة عشر ، وللأخ خمسة وثلاثون . وإن كانت البنت هي المستهلة ، فالمسألة الأولى تصح من أربعة وعشرين ، للبنت منها سبعة ، ومسألتها من ثلاثة ، ولا تصح السبعة على ثلاثة ولا توافقها ، فتضرب ثلاثة في أربعة وعشرين ، تبلغ اثنين وسبعين ، للمرأة الثمن تسعة ، وللابن اثنان وأربعون ، وللبنت أحد وعشرون ، للأم منها سبعة ، وللأخ الباقي ، فيجتمع للأم ستة عشر ، وللأخ ستة وخمسون وهما متوافقان بالثمن ، فتردّ ما صحت منه مسألة البنت وهو اثنان وسبعون إلى ثُمنها وهو تسعة ، للأم منها سهمان ، وللابن سبعة . فانتهى الأمر إلى أن المسألة على تقدير استهلال الابن صحت من ثمانية وأربعين ، وصحت مسألة البنت من تسعة ، وهما متوافقان بالثلث ، فتضرب ثلث أحدهما في الآخر ، تبلغ مائة وأربعة وأربعين ، منها تصح في الحالين ، للأم بتقدير استهلال الابن تسعة وثلاثون ،

(١) في ط المسألة الثالثة .

(٢) في ط المسألة الرابعة .

وبتقدير استهلال البنت اثنان وثلاثون ، فتعطى الأقل ، وللابن بتقدير استهلال الابن مائة وخمسة ، وبتقدير استهلال البنت مائة واثني عشر ، فتعطى الأقل ، ويوقف الباقي وهو سبعة أسهم بينهما .

فرع لابن الحداد : مات عن زوجة حامل وأخوين ، فولدت ابناً ، ثم صودف ميتاً ، فقالت الزوجة : انفصل حيّاً ثم مات ، نظر ، إن صدَّقاها ، فهذا رجل خلَّف زوجة وابناً ، ثم مات الابن وخلّف أمّاً وعمين ، فتصحان من أربعة وعشرين . وإن كذّباها ، فالقول قولهما مع يمينهما ، وتصح من ثمانية . وإن صدّقها أحدهما وكذَّبها الآخر ، حلف المكذِّب وأخذ تمام حقه لو كذباها ، وهو ثلاثة من ثمانية ، والباقي ، وهو خمسة ، يقسم بين المصدِّق والزوجة على النسبة الواقعة بين نصيبيهما لو صدَّقاها ، وذلك لاتفاقهما على أن المكذِّب ظالم يأخذ الزيادة ، فكأنها تلفت من التركة ، ونصيب الزوجة لو صدَّقاها عشرة من أربعة وعشرين ، ثلاثة من الزوج ، وسبعة من الابن ، ونصيب العم سبعة ، فالخمسة بينهما على سبعة عشر ، وهي غير منقسمة ، فتضرب سبعة عشر في أصل المسألة ، وهو ثمانية ، تبلغ مائة وستة وثلاثين ، للمكذِّب ثلاثة مضروبة فيما ضربناه في المسألة ، وهو سبعة عشر ، يكون أحداً وخَمسين ، والباقي ، وهو خمسة وثمانون ، تقسم على سبعة عشر ، يكون لكل سهم خمسة ، فلها بعشرة خمسون ، وله بسبعة خمسة وثلاثون ، وقد زاد نصيب المكذِّب على نصيب المصدِّق بستة عشر سهماً . ولو كانت المسألة بحالها ، لكن ولدت بنتاً ، قال الشيخ أبو علي تخريجاً على هذه القاعدة : إن صدَّقاها ، صحت المسألتان من ثمانية وأربعين . وإن كذَّباها ، فمن ثمانية . وإن صدَّقها أحدهما ، فمن مائتين وثمانية وأربعين .

الخامسة[1] : في حساب مسائل الردّ . قال الأئمة : الرَّدُّ نقيض العول ، لأن الرد ينقص السهام عن سهام المسألة ، والعول يزيد عليها ، ثم للمردود عليه حالان . أحدهما : أن لا يكون معه من لا يُرد عليه ، فينظر ، إن كان شخصاً واحداً ، فجميع المال له فرضاً وردّاً . وإن كانوا جميعاً من صنف ، فالمال بينهم بالسوية ذكوراً كانوا أو إناثاً . وإن كانوا صنفين أو ثلاثة ، جعل عدد سهامهم من المسألة كأنه أصل

(١) في ط المسألة الخامسة .

المسألة ، ثم ينظر في عدد سهام كل صنف وعدد رؤوسهم ، إن انقسم عليهم ، فذاك ، وإلا ، صُحِّح بطريقه .

مثاله : أم ، وبنت ، وأصلها[1] من ستة ، وسهامها أربعة ، فنجعل المسألة منها .

أم ، وبنت ، وبنت ابن ، مجموع سهامهن خمسة ، فنجعلها أصل المسألة . فإن كان مع الأم والبنت ثلاث بنات ابن ، ضربنا عددهن في خمسة ، تبلغ خمسة عشر ، للأم ثلاثة ، وللبنت تسعة ، ولبنات الابن ثلاثة .

الحال الثاني : إذا كان معهم من لا يُرَدُّ عليه ، دُفع إليه فرضه من مخرجه ، وجعل الباقي لمن يرد عليه إن كان شخصاً أو جماعة من صنف . فإن كانوا صنفين فأكثر ، فخذ مخرج فروضهم وسهامهم منه ، وانظر في الباقي من مخرج فرض من لا ردَّ عليه ، فما بلغ جعلته أصل المسألة . فإن وقع كسر ، صُحح بطريقه .

مثاله : زوجة ، وأم ، لها الربع ، والباقي للأم .

زوج ، وست بنات ، له الربع ، والباقي لا يصح عليهن ، ويتوافقان بالثلث ، فتضرب وفق عددهن في أربعة ، تبلغ ثمانية ، منها تصح .

زوجة ، وأم ، وثلاث بنات ، مخرج فرض الزوجة ثمانية، ومسألة الأم والبنات من ستة ، وسهامهن خمسة ، والسبعة الباقية لا تصح على خمسة ولا توافقها ، فتضرب خمسة في ثمانية ، تبلغ أربعين ، للزوجة خمسة ، والباقي بينهن أخماساً ، للأم سبعة ، يبقى ثمانية وعشرون لا تصح على ثلاثة ، تضرب الثلاثة في أربعين ، تبلغ مائة وعشرين ، منها تصح .

فرع : باع بعضُ الورثة جميع نصيبه للباقين على قدر أنصبائهم ، قدِّر كأنه لم يكن ، وقسم المال على الباقين .

مثاله : زوج ، وابن ، وبنت ، باع الزوج نصيبه لهما على قدر حقهما ، فكأنه لا زوج ، وتقسم التركة بينهما أثلاثاً . ولو باع بعض نصيبه ، جعلت المسألة من عدد

---

(١) في ط أصل المسألة .

يوجد لنصيب البائع منه الجزء المبيع ، وينقسم ذلك على الباقين .

مثاله : باع الزوج في المثال المذكور نصف نصيبه ، تجعل المسألة من ثمانية ليكون لنصيبه منها وهو الربع نصف ، لكن نصف ربع الثمانية لا ينقسم على الابن والبنت أثلاثاً ، فتضرب الثمانية في مخرج الثلاث ، تبلغ أربعة وعشرين ، للزوج ثلاثة ، وللابن أربعة عشر ، وللبنت سبعة ، وعلى هذا القياس .

الباب العاشر
في المسائل الملقبات ومسائل المعاياة والقرابات المتشابهات[١]

فيه ثلاثة فصول .

منها : المشرَّكة ، والخرقاء ، والأكدرية ، وأم الفروخ ، وأم الأرامل ، والصَّمَّاء ، وقد بيَّناهنَّ[١] .

ومنها : مربَّعات ابن مسعود رضي الله عنه ، وهن : بنت ، وأخت ، وجد . قال : للبنت النصف ، والباقي بينهما مناصفة . وزوجة ، وأم ، وجد ، وأخ ، جعل المال بينهم أرباعاً . وزوجة ، وأخت ، وجد . قال : للزوجة الربع ، وللأخت النصف ، والباقي للجد . فالصور كلّها من أربعة ، والأخيرة تسمى : مربَّعة الجماعة ، لأنهم كلهم جعلوها من أربعة وإن اختلفوا في بعض الأنصباء .

ومنها : المثمَّنة ، وهي : زوجة ، وأم ، وأختان لأبوين ، وأختان لأم ، وولد لا يرث لرقٍ ونحوه ، لأن فيها ثمانية مذاهب عند الجمهور ، هي من اثني عشر ، وتعول إلى سبعة عشر . وعن ابن عباس رضي الله عنهما ، تفريعاً على إنكار العول : أن الفاضل عن فرض الزوجة والأم وولدي الأم ، لولدي الأبوين ، فتصح من أربعة وعشرين . وعنه أيضاً رضي الله عنه : أن الفاضل عن الزوجة والأم ، بين ولدي الأم

---

(١) قال الشيخ البلقيني : وقوله « قد بيناهن » اتبع كلام الرافعي في الشرح لكن الرافعي بين في مسائل الجد والاخوة الخرقاء وما فيها ولم يتعرض لها المصنف ، والذي ذكره الرافعي منها في قسم ما إذا كان مع الجد صاحب فرض ومعه دون مثليه من الاخوة إلى أن قال وفي هذا القسم تقع المسألة المعروفة بالخرقاء وهي أم وجد وبنت وأخت وسميت بالخرقاء لتخرق أقوال الصحابة رضي الله عنهم وكثرة اختلافهم فيها .

وولدي الأبوين ، فتصح من اثنين وسبعين . وعن معاذ رضي الله عنه : أن للأم الثلث تفريعاً على أن الأم لا تُحجب إلا بإخوة ، فتعول إلى تسعة عشر . وعن ابن مسعود رضي الله عنه : إسقاط ولدي الأم وعنه : إسقاط ولدي الأبوين ، وعنه : إسقاط الصنفين ، والباقي للعصبة ، وعنه وهو الأشهر : أن للمرأة الثمن تفريعاً على أن من لا يرث من الأولاد ، يحجب الزوجة والأم ، فتكون المسألة من أربعة وعشرين ، وتعول إلى أحد وثلاثين ، وتسمى لذلك ثلاثينية ابن مسعود رضي الله عنه .

ومنها : تسعينية زيد رضي الله عنه ، وهي : أم ، وجد ، وأخت لأبوين ، وأخوان ، وأخت لأب ، هي من ثمانية عشر أصلاً أو ضرباً ، للأم ثلاثة ، وللجد خمسة ، وللأخت للأبوين تسعة ، يبقى سهم على خمسة ، فتضربهم في ثمانية عشر تبلغ تسعين ، منها تصح .

ومنها : النصفية ، وهي : زوج ، وأخت لأبوين ، أو لأب ، لأنه ليس في الفرائض شخصان يرثان نصفي المال فرضاً إلاّ هما ، وربما سميت الصورتان : يتيمتين[1] .

ومنها : العُمَريَّتان ، وهما : زوج ، وأبوان ، أو زوجة ، وأبوان ، لأن أول من قضى فيها عمر رضي الله عنه .

ومنها : مختصرة زيد رضي الله عنه ، وهي : أم ، وجد ، وأخت لأبوين ، وأخ ، وأخت لأب ، لأنها تعمل تارة بالبسط ، فيقال : هي من ستة ، للأم سهم ، والباقي بين الجد والأخ والأختين على ستة ، فتضرب ستة في أصل المسألة ، تبلغ ستة وثلاثين ، يبقى بعد القسمة سهمان لولدي الأب لا يصحان ، فتضرب ثلاثة في ستة وثلاثين ، تبلغ مائة وثمانية ، والسهام بعد القسمة تتوافق بالأنصاف ، فتردها إلى أربعة وخمسين . وتارة بالاختصار فيقال : المقاسمة وثلث الباقي سواء للجد ، فتقسم من ثمانية عشر ، يبقى سهم لا يصح على ولدي الأب ، فتضرب ثلاثة في ثمانية عشر ، تبلغ أربعة وخمسين .

ومنها : مسألة الامتحان ، وهي : أربع نسوة ، وخمس جدات ، وسبع بنات ،

---

(١) ولا يرد بنت وأُخت لأنه ليس نصف الأُخت مع البنت فرضاً .

وتسعة إخوة لأب ، هي من أربعة وعشرين ، وتصح من ثلاثين ألفاً ومائتين وأربعين .

قلت : سميت بالامتحان ، لأنه يقال : ورثة لا تبلغ طائفة منهم عشرة ، لم تصح مسألتهم من أقل من كذا . والله أعلم .

ومنها : الغَرّاء ، هي : زوج ، وأختان لأب ، وولدا أم[(١)] ، وتسمى : مروانية ، لأنه يقال : إنها وقعت في زمن بني أمية ، واشتهرت في الناس فسميت : غراء .

ومنها : المروانية الأخرى ، وهي : زوجة ورثت من زوجها ديناراً ودرهماً ، والتركة عشرون ديناراً وعشرون درهماً ، يقال : [إن][(٢)] عبد الملك سئل عنها فقال : صورتها : أختان لأبوين ، وأختان لأم ، وأربع زوجات ، للزوجات خُمس الباب بسبب العول ، والخُمس أربعة دنانير ، وأربعة دراهم ، لكل زوجة دينار ودرهم .

ومنها : مسائل المباهلة ، وهي مسائل العول ، لأن ابن عباس رضي الله عنهما قال : من شاء باهلته أن المسألة لا تعول .

ومنها : الناقضة ، وهي : زوج ، وأم ، وأخوان لأم ، لأنها تنقض أحد أصلي ابن عباس رضي الله عنهما ، إن أعطاها الثلث ، لزم العول . وإن أعطاها السدس ، لزم الحجب بأخوين وهو يمنع الحكمين ، لكن قيل : إن الصحيح على قياس قوله ان الباقي للأخوين .

ومنها : الدينارية ، وهي : زوجة ، وأم ، وبنتان ، واثنا عشر أخاً ، وأخت ، والتركة ستمائة دينار ، خصّ الأخت دينار منها . يروى أنها جاءت علياً رضي الله عنه متظلِّمة فقال : قد استوفيت حقَّكِ .

قلت : ويروى أنها قالت له رضي الله عنه : ترك أخي ستمائة دينار ، أُعطيتُ

---

(١) قال في النهاية : وصورتها زوج وست أخوات متفرقات .
قال العجلي : وسميت غراء لاشتهارها بينهم .

(٢) سقط في الأصل والمثبت من ط .

ديناراً ، فقال : لعل أخاك ترك زوجة . . . ، وذكر الباقين ، وذكر الشيخ نصر المقدسي رحمه الله تعالى : أنها تسمى : العامرية ، وأن الأخت سألت عامراً الشعبي[(١)] رحمه الله تعالى عنها ، فأجاب بما ذكرنا . والله أعلم .

ومنها : المأمونية ، وهي : أبوان ، وبنتان ، لم تقسم التركة حتى ماتت إحدى البنتين ، وتركت الباقين ، سأل المأمون[(٢)] عنها يحيى بن أكثم[(٣)] رضي الله عنه حين أراد أن يوليه القضاء فقال : الميت الأول رجل ، أم امرأة ؟ فقال المأمون : إذا عرفت الفرق عرفت الجواب ، لأنه إن كان رجلاً ، فالأب وارث في المسألة الثانية ، وإلا ، فلا ، لأنه أبو أم .

الفصل الثاني : في المعاياة ، قالت حبلى لقوم يقسمون تركة : لا تعجلوا فإني حبلى ، إن ولدتُ ذكراً ، ورث ، وإن ولدت أنثى ، لم ترث . وإن ولدت ذكراً وأنثى ، ورث الذكر دون الأنثى ، هذه زوجة كل عصبة سوى الأب والابن . ولو قالت : إن ولدت ذكراً ، أو ذكراً وأنثى ورثا ، وإن ولدت أنثى ، لم ترث ، فهي زوجة الأب ، وفي الورثة أختان لأبوين ، أو زوجة الابن ، وفي الورثة بنتا صلب .

ولو قالت : إن ولدت ذكراً ، لم يرث ، وإن ولدت أنثى ، ورثت ، فهي زوجة الابن ، والورثة الظاهرون : زوج ، وأبوان ، وبنت أو زوجة الأب . والورثة الظاهرون : زوج ، وأم ، وأختان لأم . ولو قالت : إن ولدت ذكراً أو أنثى ، لم

---

(١) هو عامر بن شراحبيل الشعبي أبو عمرو الكوفي « الإمام العلم ، ولد لست سنين خلت من خلافة عمر . قال ابن عيينة : كانت الناس تقول : ابن عباس في زمانه والشعبي في زمانه . قال يحيى بن بكير ، توفي سنة ثلاث ومائة . (الخلاصة ٢/٢٢) .

(٢) عبد الله بن هارون الرشيد بن محمد المهدي بن أبي جعفر المنصور أبو العباس سابع الخلفاء من بني العباس في العراق وأحد أعاظم الملوك وعرفه المؤرخ ابن دحية بالإمام « العالم المحدث النحوي اللغوي » توفي في « بذندون » ودفن في طرسوس . (تاريخ بغداد ١٠/ ١٨٣) ، (الإعلام ٤/١٤٢) .

(٣) هو يحيى بن أكثم بن محمد بن قطن التميمي الأسيدي المروزي ، أبو محمد قاض ، رفيع القدر ، عالي الشهرة ، من نبلاء الفقهاء ، يتصل نسبه بأكثم بن صيفي حكيم العرب . ولد بمرو واتصل بالمأمون أيام مقامه بها فولاه قضاء البصرة ثم قضاء القضاء ببغداد ثم مات المأمون وولي المعتصم فعزله عن القضاء ثم ولاه المتوكل إلى أن مات سنة ٢٤٢ هـ .

ترث ، وإن ولدتهما ، ورثا ، فهي زوجة الأب ، وقد مات الأب قبله . والورثة الظاهرون : أم ، وجد ، وأخت لأبوين .

نوع آخر : قالت : إن ولدتُ ذكراً ، ورث وورثتُ . وإن ولدتُ أنثى ، لم ترث ولا أرث ، فهي بنت ابن الميت ، وزوجة ابن ابن له آخر ، وهناك بنتا صلب .

ولو قالت : إن ولدت ذكراً ، لم يرث ولم أرث ، وإن ولدت أنثى ، ورثنا ، فهي بنت ابن ابن الميتة ، وزوجة ابن ابن آخر . والورثة الظاهرون : زوج ، وأبوان ، وبنت ابن .

ولو قالت : إن ولدت ذكراً ، فلي الثمن وله الباقي ، أو أنثى ، فالمال بيني وبينها سواء ، وإن أسقطتُ ميتاً ، فالمال كله لي ، فهي امرأة أعتقت عبداً ثم تزوجته فمات وهي حبلى منه .

نوع آخر : قال رجل : لا تعجلوا ، فامرأتي غائبة ، إن كانت ميتة ، ورثت أنا ، وإن كانت حية ، ورثتْ ولم أرث ، فهذا أخو الميت لأبيه ، وزوجته الغائبة أخت الميت لأمه ، وله معها أم وأختان لأبوين . ولو قال : إن كانت حية ، ورثتُ دونها ، أو ميتة ، فلا شيء لنا ، هي امرأة ماتت عن زوج ، وأم ، وجد ، وأخت لأم ، وأخ لأب قد نكحها ، وهي الغائبة .

نوع آخر : امرأة وزوجها ، أخذا ثلاثة أرباع المال ، وأخرى وزوجها أخذا الربع ، صورته : أخت لأب ، وأخرى لأم وابنا عم أحدهما أخ لأم ، والذي هو أخ لأم ، زوج الأخت للأب ، والآخر زوج الأخت للأم ، فللأخت للأب النصف ، وللأخ وللأخت للأم الثلث ، والباقي بين ابني العم .

زوجان أخذا ثلث المال ، وآخران ثلثيه ، صورته : أبوان ، وبنت ابن في نكاح ابن ابن ابن آخر .

رجل وابنته ، ورثا مالاً نصفين ، صورته : ماتت عن زوج هو ابن عم وبنت منه .

رجل وزوجتاه ، ورثوا المال أثلاثاً ، صورته : بنتا ابنين في نكاح ابن أخ ، أو ابن ابن ابن .

ابن زوجة ، وسبعة إخوة لها ، ورثوا مالاً بالسوية ، صورته : نكح ابنُ رجل أم امرأته وأولدها سبعة ، ومات الرجل بعد موت الابن عن زوجة وسبعة بني ابن ، هم إخوتها لأم ، فلها الثمن ، ولهم الباقي .

نوع آخر : امرأة ورثت أربعة أزواج ، واحدٍ بعد واحد ، فجعل[1] لها نصف أموالهم ، هم أربعة إخوة لأب ، كان لهم ثمانية عشر ديناراً ، للأول ثمانية ، وللثاني ستة ، وللثالث ثلاثة ، وللرابع دينار .

امرأة ورثت خمسة أزواج ، فحصل لها نصف أموالهم ، هم خمسة إخوة ، لهم ثمانية وأربعون ديناراً ، للأول ستة عشر ، وللثاني ثلاثة عشر ، وللثالث تسعة ، وللرابع ثلاثة ، وللخامس سبعة . فلو كانوا ثلاثة ، وورثت النصف ، فهم ثلاثة إخوة ، لهم مائة وثمانية وثلاثون ، للأول مائة وثمانية وعشرون ، وللثاني ثمانية ، وللثالث ديناران .

نوع آخر : قال صحيح لمريض : أوص ، فقال : إنما يرثني أنت وأخواك وأبواك وعمّاك ، فالصحيح ، أخو المريض لأمه وابن عمه ، فأخواه أخوا المريض لأمه ، وأبواه عم المريض وأمه ، وعماه عما المريض ، والحاصل ثلاثة إخوة لأم ، وأم ، وثلاثة أعمام . ولو قال : يرثني أبواك وعماك وخالاك ، فالصحيح ابن أخي المريض لأبيه ، وابن أخته لأمه وله أخوان آخران لأب ، وأخوان لأم . ولو قال ، يرثني جدتاك وأختاك وزوجتاك وبنتاك ، فجدتا الصحيح زوجتا المريض ، وأختاه من الأم أختا المريض من الأب ، وزوجتا الصحيح إحداهما أم المريض ، والأخرى أخته للأب ، وبنتا الصحيح أختا المريض من الأم ، ولدتهما له أم المريض . والحاصل : زوجتان وثلاث أخوات لأب ، وأختان لأم ، وأم . ولو قال : يرثني زوجتاك ، وبنتاك ، وأختاك ، وعمتاك ، وخالتاك ، فزوجتا الصحيح أم المريض وأخته لأبيه ، وبنتا الصحيح أختا المريض لأمه ، وأختا الصحيح لأمه أختا المريض لأبيه ، وعمتا الصحيح إحداهما لأب والأخرى لأم ، وخالتاه كذلك ، وأربعهن زوجات المريض ، فالحاصل : أربع زوجات ، وأم ، وأختان لأم ، وثلاث أخوات لأب .

---

(١) في ط فحصل .

نوع آخر : ترك سبعة عشر ديناراً على سبع عشرة أنثى ، أصاب كل واحدة دينار ، هي أم الأرامل .

ترك أربعة وعشرين ديناراً على أربع وعشرين أنثى ، أصاب كل أنثى دينار ، هي ثلاث زوجات ، وأربع جدات ، وست عشرة بنتاً ، وأخت لأب .

الفصل الثالث : في القرابات المشتبهة .

رجلان ، كل واحد عم الآخر ، هما رجلان نكح كلٌّ أم صاحبه ، فولد لكلّ ابن ، فكل ابن عم الآخر لأمه .

رجلان ، كل واحد خال الآخر ، هما رجلان نكح كل واحد بنت الآخر ، فولد لهما ابنان ، فكل ابن خال الآخر .

رجلان ، كلٌّ عم أبي الآخر ، صورته : نكح رجلان كلٌّ أم أبي الآخر ، فولد لهما ابنان .

رجلان ، كلٌّ عم أم الآخر ، نكح كلٌّ بنت ابن الآخر ، فولد لهما ابنان .
رجلان ، كلٌّ خال أب الآخر ، نكح كلٌّ أم أم الآخر فولدا ابنين .
رجلان ، كلٌّ خال أم الآخر ، نكح كلٌّ بنت بنت الآخر فولدا ابنين .

رجلان ، أحدهما عمّ الآخر ، والآخر خال الأول ، صورته : نكح امرأة وابنُه أمَّها ، فولد لكلٍ ابن ، فابن الأب عم ابن الابن وهو خال ابن الأب .

رجل هو عم وخال ، صورته : أن ينكح أحد الأخوين لأب أخت الآخر للأم فتلد ابناً ، فالأخ الآخر عم المولود لأبيه وخاله لأمه .

رجل هو عم أبيه وعم أمه ، صورته : أن ينكح أبو أبي أبيه أم أبي أمه ، فتلد ابناً ، فذلك الابن عم أبيه للأب ، وعم أمه للأم .

رجل هو خال أبيه ، وخال أمه ، صورته : أن ينكح أبو أم أمه أم أم أبيه ، فتلد ابناً ، فالابن خال أم الرجل لأبيه ، وخال أبيه لأمه .

رجلان كلٌّ ابن عم الآخر وابن خاله ، صورته : أن ينكح رجلان كلٌّ أخت الآخر ، فيولد لهما ابنان .

وعن حرملة : أن رجلاً دفع رَقعة إلى الشافعي ـ رضي الله عنه ـ فيها :

رجل مات وخلّى رجلاً ابن عم ابن أخي عم أبيه

فكتب الشافعي ـ رضي الله عنه ـ في أسفلها :

صار مال المتوفّى كملا باتفاق القول لا مرية فيه
للذي خبّرتَ عنه أنَّه ابن عم ابن أخي عم أبيه

وذلك لأن ابن أخي عم الأب ، هو الأب ، فابن عمه هو ابن عم الأب .

ويعرف من هذا قول القائل : ورث من الميت خال ابن عمته دون أخيه من الأبوين ، لأن خال ابن العمة هو الأب والأعمام ، والمراد هنا : الأب .

وقول القائل : ورث الميت عمة ابن خاله دون الجدة ، لأنها هي الأم[1] .

(١) في هامش ط كتب هنا في الأصل المخطوط بخط الناسخ ما نصه : تم الجزء الثاني من الروضة بحمد الله وعونه وصلواته على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم على يد العبد الفقير الراجي عفو ربه العزيز : عبد العزيز بن أبي بكر بن عبد العزيز غفر الله له ولوالديه ولجميع المسلمين في السادس عشر من شهر محرم المكرم سنة ثلاثين وسبعمائة .

كتاب الوَصايا[1]

يقال : أوصَيتُ لفلان بكذا ، ووصيَّت ، وأوصيت إليه : إذا جعلته وصيّاً[2] .
ومَن عنده وديعة ، أو في ذمته حق لله تعالى ، كزكاة ، وحج ، أو دين لآدمي ، يجب

---

(١) جمع وصية وهو طلب فعل يفعله الموصى إليه بعد غيبة الموصي أو بعد موته فيما يرجع إلى مصالحه
والإيصاء لغة : طلب شيء من غيره ليفعله .
وشرعاً يستعمل تارة باللام يقال أوصى فلان لفلان وبكذا بمعنى ملكه له بعد موته ويستعمل أُخرى بإلى
يقال فلان أوصى إلى فلان بمعنى جعله وصياً يتصرف في ماله وأطفاله بعد موته .
وفي الصحاح للجوهري أوصيت له بشيء وأوصيت إليه إذا جعلته وصيك والاسم الوصاية وأوصيته
أيضاً بمعنى والاسم الوصاة ، ونواصى القوم أي تواصى بعضهم ببعض. (الصحاح ٦/٢٥٢٥) ،
(ترتيب القاموس ٤/٦٢٢) .
وشرعاً : تبرع بحق مضاف ولو تقدير لما بعد الموت .
والأصل فيها من قول الله تعالى ﴿ **يوصيكم الله في أولادكم** ﴾ إلى قوله : ﴿ **من بعد وصية يوصي بها أو دين** ﴾ الآية النساء : ١١ .
والسنة ما رواه عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال : ما حق امرىء مسلم له شيء يوصي فيه
أن يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده». (أخرجه البخاري ٥/٣٥٥ في الوصايا/ باب الوصاية حديث
(٢٧٣٨) ، (ومسلم ٣/٢٤٩ في الوصية حديث (١/١٦٢٧) .
فدل الكتاب والسنة على ذلك وأجمع أهل العلم على ذلك ، فإن الأئمة المهديين والسلف الصالح
أوصوا .

(٢) قال في الخادم : إنما صدر بأوصى لينبه على أنه أفصح من وصى كما قال الخليل في كتاب العين ،
وحاصله أن المعنى يختلف بالتعدية ، فإن عدى باللام فمعناه جعل له ذلك من ماله وذاك موصى له ،
وإن عدى بإلى فمعناه جعله وصياً وذلك موصى إليه ولم يذكر مصدرها ، وقال ابن فارس : يقال وصيته
بوصية وأوصيته أيضاً وقال الجوهري : أوصيت إليه إذا جعلته وصياً ، والاسم الوصاية بالكسر والفتح
وأوصيته ووصيته أيضاً وتوصية بمعنى والاسم الوصاة يعني بفتح الواو وقصر الألف .

عليه أن يوصيَ به إذا لم يعلم به غيره[١] .

قلت : المراد ، إذا لم يعلم به من يثبت بقوله . والله أعلم .

ويستحَبّ أن يوصيَ من له مال . وتعجيل الصدقة في الصحة ثم في الحياة أفضل ، وإذا أراد أن يوصيَ ، فالأفضل أن يقدِّم من لا يرث من قرابته ، ويقدم منهم المحارم ، ثم غير المحارم ، ثم يقدم بالرضاع ، ثم بالمصاهرة ، ثم بالولاء ، ثم بالجوار ، كما في الصدقة المنجزة . وفي « أمالي » السرخسي : إن[٢] قل ماله ، وكثر عياله ، يستحب أن لا يفوِّته عليهم بالوصية . والصحيح المعروف هو الأول[٣] .

ويشتمل الكتاب على أربعة أبواب .

الأول[٤] : في أركانها ، وهي أربعة .

الأول[٥] : الموصي ، وهو كل مكلف حر ، فلا تصح وصية المجنون ، والمبرسم ، والمعتوه الذي لا يعقل ، والصبي الذي لا يميز قطعاً ، ولا تصح وصية الصبي المميز . وتدبيره على الأظهر عند الأكثرين كهبته وإعتاقه ، إذ لا عبارة له . وتصح وصية المحجور عليه لسفه على المذهب . وقيل : قولان كالصبي . وأما العبد ، فإن أوصى ، ومات رقيقاً ، فباطلة . وإن عتق ، ثم مات ، فباطلة أيضاً على الأصح . والمكاتب كالقن[٦] وكالصبي .

فرع : تصح وصية الكافر بما يتمول أو يقتنى ، ولا تصح بخمر ، ولا

---

(١) قال في الخادم : ينبغي أن يزيد ولا يخشى من كتمانه لبعض الورثة والموصى له ومن غيرهم ، ولو قال من يوثق به لكان أولى ، وتمثيله بما ذكر يقتضي تخصيصه بما تدخله النيابة فلا تصح الوصاية بالصلاة الفائتة في ذمته .

(٢) في ط أن من .

(٣) قضية قوله كما في الصدقة المنجزة « يقدم فيها غير الوارث على الوارث ، والمذكور في باب صدقة التطوع أن الوارث مقدس .
وقضية كلامه أيضاً أن من له عيال وهو قليل المال يستحب له الوصية على الصحيح والأصح عند الشيخ المصنف أنه لا يجوز إذا كان ذلك يضيع عياله . وقال الشيخ انه مكروه .

(٤) في ط الباب الأول .

(٥) في ط الركن الأول .

(٦) وإلحاقه المكاتب بالقن فيه نظر، والمتجه الصحة فيه إذا أعتق ثم مات إذ لا ضرر فيه على السيد ، وقضيته أنها لا تصح ولو أذن له السيد ، ويشبه أن يكون على الخلاف في تبرعاته بالاذن .

خنزير ، سواء أوصى لمسلم أو ذمي ، ولا بمعصية ، كعمارة كنيسة ، أو بنائها ، أو كتب التوراة والإنجيل ، أو قراءتهما ، وما أشبههما .

الركن الثاني : الموصى له . فإن كانت الوصية لجهة عامة ، فشرطه : أن لا تكون جهة معصية ، وسواء أوصى به مسلم أو ذمي ، فلو وصى مسلم ببناء بقعة لبعض المعاصي ، لم يصح ، كما لو وصى ذمي ببناء كنيسة .

فرع : يجوز للمسلم والذمي الوصية لعمارة المسجد الأقصى وغيره من المساجد ، ولعمارة قبور الأنبياء ، والعلماء ، والصالحين ، لما فيها من إحياء الزيارة ، والتبرك بها ، وكذا الوصية لفك أسارى الكفار من أيدي المسلمين ، لأن المفاداة جائزة ، وكذا الوصية ببناء رباط ينزله أهل الذمة ، أو دار لتصرف غلتها إليهم[١] .

فرع[٢] : عَدّوا من الوصية بالمعصية ، ما إذا أوصى لدهن سراج الكنيسة ، لكن قيَّد الشيخ أبو حامد المنع بما إذا قصد تعظيم الكنيسة . فأما إذا قصد انتفاع المقيمين أو المجاورين بضوئها ، فالوصية جائزة ، كما لو أوصى بشيء لأهل الذمة[٣] .

---

(١) قضية تقييد الشيخ القبور بما ذكره أنه لا تجوز الوصية بعمارة غيرها من القبور ويؤيده ما ذكره المتولي في باب الوقف أن الوقف على المقبرة لتصرف الغلة على عمارة القبور لا يجوز لأن الموتى صائرون إلى البلا والعمارة لا تلائم حالهم . قال في الخادم : لكن تعليله هنا بإحياء الزيارة يقتضي الجواز مطلقاً ، وسكت تبعاً لأصله عن تبيين المراد بالعمارة ، فإن كان المراد بناءها بالآلات والبناء عليها فيمتنع وكذا لو أوصى ببناء قبة وقصد بها تعظيم القبور كما كانت الجاهلية تفعله ، وإن كان المراد بعمارتها رد التراب فيها وملازمتها خوفاً من الوحش وإعلام الزائرين بها لئلا يندرس فقريب ، وما جزم به الشيخ من صحة الوصية ببناء رباط ينزله أهل الذمة نص عليه الشافعي في كتاب الجزية ونقله الأئمة هناك وحكى الرافعي قبل باب الهدنة فيما إذا خصص أهل الذمة به وجهين من غير ترجيح ، والذي قطع به الشيخ هنا هو الراجح .

(٢) سقط في الأصل والمثبت من ط .

(٣) وهو يقتضي تفرد الشيخ أبي حامد به، وليس كذلك ففي الكفاية وهو ما حكاه البندنيجي وصاحب العدة والفوراني وغيرهم .
قلت : والقاضي الحسين في تعليقه والمحاملي في المجموع وسليم في المجرد ، لكن الصواب أن هذا إذا كان بحيث ينزل بها المسلمون وإلا فهو إعانة لأهل الذمة على باطلهم فيمتنع ، وإليه يشير كلام =

فصل : وإن كانت الوصية لمعيّن ، فينبغي أن يتصور له الملك[١] . ويتعلق بهذا الضبط مسائل .

إحداها : الوصية للحمل جائزة ، ثم ينظر ، فإن قال : أوصيت لحمل فلانة ، أو لحمل فلانة الموجود الآن ، فلا بد لنفوذها من شرطين .

أحدهما : أن يعلم وجوده حال الوصية ، بأن ينفصل لأقل من ستة أشهر ، فلو انفصل لستة فصاعداً ، نظر ، إن كانت المرأة فراشاً لزوج أو سيد ، لم يستحق شيئاً[٢] ، وإن لم تكن فراشاً ، بل فارقها مستفرشها قبل الوصية . فإن كان الانفصال لأكثر من أربع سنين من وقت الوصية ، لم يستحق شيئاً . وإن انفصل لدون ذلك ، فقولان . وقيل : وجهان . أظهرهما : أنه يستحق ، لأن الظاهر وجوده . ولو قال : أوصيتُ لحمل فلانة من زيد ، اشترط مع ذلك ثبوت نسبه من زيد ، حتى لو كانت الوصية بعد زوال الفراش ، فأتت بولد لأكثر من أربع سنين من وقت الفراق ، ولأقل من ستة أشهر من يوم الوصية ، لم يستحق شيئاً ، لأن النسب غير ثابت منه . ولو اقتضى الحال ثبوت نسبه من زيد ، فنفاه باللعان ، فالصحيح الذي قاله ابن سريج والجمهور : لا شيء له ، لأنه لم يثبت . وعن أبي إسحاق ، واختاره الأستاذ أبو منصور : يستحق ، لأن النسب كان ثابتاً ، واللعان إنما يؤثر في حق المتلاعنَين ،

= القاضي الحسين في فتاويه فقال : لو أوصى أن يصرف شيء من ماله إلى قناديل أهل الذمة . ينظر فإن كانوا يوقدون لقراءة التوراة لم يجز كبناء الكنيسة وإن كانوا يوقدون لتبصر المارة جاز . انتهى وذكر الجرجاني في المعاياة مثله .

(١) قال الشيخ البلقيني : هذا الضبط ليس بمستقيم فالعبد لا يتصور له الملك والوصية له صحيحة حتى لو عتق قبل الموت كانت له والمرتد كذلك .

(٢) قال في الخادم : ذكروا في الطلاق والعدد ما يقتضي إلحاقها بما دونها وأن أقل مدة الحمل ستة أشهر ولحظتان وهو الظاهر لأنه لا بد من تقدير زمن العلوق ثم رأيت العلامة نجم الدين ابن الرفعة قال في المطلب : الذي يظهر أن الحكم فيما إذا أتت به لستة أشهر كالحكم فيما إذا أتت به لما دونها لأنه لا بد أن يتقدم الأشهر الستة العلوق ولا بد له من زمن يتحقق أن الحمل كان موجوداً حين الوصية وستعرف في كتاب الطلاق أن الفوراني قال فيما إذا قال لزوجته إن كنت حاملاً فأنت طالق ، فأتت به لستة أشهر فما دونها يقع عليه الطلاق ، لكن الذي نص عليه في الأم ، وصاحب التلخيص وابن الصباغ وسليم وطائفة ما جرى عليه الرافعي وليس هذا ببحث ولكنه موضع تأمل .

قال صاحب الخادم : يجب تأويل إطلاقهم على ما ذكرنا وكذا قول الفارقي ، لم يرد الشيخ ـ أي أبو إسحاق والشيرازي رحمه الله ستة أشهر تحديداً فإنه لا بد من زمان العلوق إلا أنه لم يذكره لقلته .

ويجري الخلاف فيما لو أوصى لحمل أمة من سيدها ، فادعى سيدها الاستبراء ، ورأيناه نافياً للنسب .

الشرط الثاني : أن ينفصل حيّاً ، فلو انفصل ميتاً ، فلا شيء له وإن انفصل بجناية وأوجبنا الغرة ، لما ذكرناه في الميراث .

فرع : أتت بولدين بينهما أقل من ستة أشهر ، وبين الوصية والأول أقل من ستة أشهر ، صحت الوصية لهما وإن زاد ما بين الوصية والثاني على ستة أشهر وكانت المرأة فراشاً ، لأنهما حمل واحد .

فرع : يقبل الوصية للحمل من يلي أمره بعد خروجه حيّاً . وإن قبلها قبل انفصاله ، ثم انفصل حيّاً ، فعن القفال : أنه لا يعتدُّ بقوله . وقال غيره : فيه قولان . كمن باع مال أبيه على ظن حياته فبان ميتاً[١] .

فرع : هذا الذي ذكرناه ، فيما إذا قال : أوصيتُ لحملها ، أو لحملها الموجود . أما إذا قال : لحملها الذي سيحدث ، فأوجه . أصحها عند الأكثرين : بطلان الوصية ، لأنها تمليك ، وتمليك المعدوم ممتنع . والثاني : تصح ، قاله أبو إسحاق ، وأبو منصور ، كما تصح بالحمل الذي سيوجد . والثالث : إن كان الحمل موجوداً حال الموت ، صح ، وإلا ، فلا .

المسألة الثانية : العبد الموصى له ، إما أن يكون لأجنبي ، وإما أن يكون للموصي ، وإما للورثة .

القسم الأول : لأجنبي ، فتصح الوصية . ثم لا يخلو ، إما أن يستمر رقُّه ، وإما أن لا يستمر .

الحالة الأولى : أن يستمر رقُّه ، فالوصية للسيد ، حتى لو قتل الموصي للعبد الموصى له ، لم تبطل الوصية ، ولو قتله سيد العبد ، كانت وصيته للقاتل[٢] . وفي

---

(١) قضية كلام الشيخ أن الأكثرين على خلاف ما قاله القفال . قال في الخادم : وهو متابع في ذلك البغوي في التهذيب إلى آخر ما ذكره .

(٢) فيه أمران :

أحدهما : قد نسب في الذخائر القول بأنها للسيد للعراقيين . قال : وبنوا عليه فساد الوصية إذا كان

افتقار قبول العبد إلى إذن السيد وجهان سبقا في باب « معاملة العبيد » . أصحهما : المنع ، ولا يصح من السيد مباشرة القبول بنفسه على الأصح ، لأن الخطاب لم يكن معه ، والوجهان فيما حكي ، مخصوصان بقولنا : إن قبول العبد يفتقر إلى إذن السيد . ويجوز أن يُعمما ، لأن الملك للسيد بكل حال ، فلا يبعد تصحيح القبول منه وإن لم يسم في الوصية ؛ ألا ترى أن وارث الموصى له يقبل وإن لم يسم في الوصية . وأما قبول السيد ما وهب لعبده ، فقال قائلون : هو على هذين الوجهين . وقال الإمام : هو باطل قطعاً ، لأن القبول في الهبة كالقبول في سائر العقود ، بخلاف قبول الوصية . وإذا صححنا قبول العبد بغير إذن سيده ، فلو منعه من القبول فقبل ، قال الإمام : الظاهر عندي الصحة ، وحصول الملك للسيد ، كما لو نهاه عن الخلع فخالع . وإذا قلنا : لا يصح بلا إذن ، فلو رد السيد ، فهو أبلغ من عدم الإذن . فلو بدا له أن يأذن في القبول ، ففيه احتمال عند الإمام ، قال : وإذا صححنا القبول من السيد ، فيجب أن يبطل ردُّ العبد لو ردَّه .

الحالة الثانية : أن لا يستمر ، بل يعتق . فينظر ، إن عتق قبل موت الموصي ، فالاستحقاق للعبد ، لأنه وقت الملك حر ، وإن عتق بعد موته . فإن قبل ثم عتق ، فالاستحقاق للسيد ، وإن عتق ثم قبل ، فإن قلنا : الوصية تملك بالموت ، أو موقوفة ، فالملك للسيد . وإن قلنا : تملك بالقبول ، فللعبد . ولو أوصى لعبد هو لزيد ، فباعه لعمرو ، فينظر في وقت البيع ، ويجاب بمثل هذا التفصيل .

فرع : أوصي لمن نصفه حر ، ونصفه لأجنبي ، فإن لم تكن بينه وبين سيده

السيد وارثاً ، وحكى في الوسيط عن المذهب أن الوصية تصح للعبد ويصف أمرها ، فإن كان حراً عند موت الموصي ملكها أو عبداً فالسيد وادعى الوفاق فيه .

الثاني : أطلقوا هنا أنها للسيد وفصلوا في الوقف والهبة ، فإن قصدا العبد نفسه بطل في الجديد أو السيد أو أطلق فذلك على سيده ولم يقل أحد هنا بهذا التفصيل فيحتمل حمل كلامهم هنا على حالة الإطلاق وإليه جنح ابن الرفعة ، والتنزيل على ما سيبقى عليه الأمر عند موت الموصي إما يعتق العبد إن كان حينئذ حراً أو سيده ويحتمل عدم مجيء التفصيل هنا، والفرق أنه قد يعتق قبل موت الموصي ، وقال بعض الفضلاء في الوجه للعبد نظر ، وذلك أنهم قالوا ، لو أوصى لعبد فالاعتبار بصرف الوصية وعدمها بوقت الموت ، فإن كان حراً حينئذ فالوصية له ، وإن كان رقيقاً فإن كان سيداً أجنبياً فالوصية له وإن وارثاً فهي وصية للوارث .

مهاياة ، وقبل بإذن السيد ، فالموصى به بينهما بالسوية ، كما لو احتش أو احتطب . وإن قبل بغير إذنه ، وقلنا : يفتقر قبول العبد إلى إذن سيده ، فالقبول باطل في نصف السيد . وفي نصفه وجهان ، لأن ما يملكه ينقسم على نصفيه ، فيلزم دخول نصفه في ملك السيد بغير إذنه . وإن كان بينهما مهايأة ، بني على أن الأكساب النادرة هل تدخل في المهايأة ؟ وفيه خلاف سبق في « زكاة الفطر » ، وفي « كتاب اللقطة » . فإن قلنا : لا تدخل ، فهو كما لو لم تكن مهايأة . وإن قلنا : تدخل ، فلا حاجة إلى إذن السيد في القبول ، لأن المهايأة إذن له في جميع الأكساب الداخلة فيها . وهل الاعتبار بيوم موت الموصي ، أم بيوم القبول ، أم بيوم الوصية ؟ فيه أوجه . أصحها : الأول(١) . ولو وهب لمن نصفه حر ، فعلى القولين في دخول الكسب النادر في المهايأة . فإن أدخلنا ووقع العقد في يوم أحدهما ، والقبض في يوم الآخر ، بني على أن الهبة المقبوضة يستند الملك فيها إلى العقد ، أم يثبت عقب القبض ؟ فإن قلنا بالأول ، فالاعتبار بيوم العقد ، وإلا ، فيوم القبض على الأصح ، وعلى الثاني بيوم العقد .

فرع : قال : أوصيت لنصفه الحر ، أو لنصفه الرقيق خاصة . فعن القفال : بطلان الوصية . قال : ولا يجوز أن يوصيَ لبعض شخص ، كما لا يرث [بعضه](٢) ، وقال غيره : يصح وينزل بتقييد الموصي منزل المهايأة ، فيكون الموصى به للسيد إن وصّى لنصفه الرقيق ، وله إن أوصى لنصفه(٣) الحر .

قلت : الأصح : الثاني(٤) . والله أعلم .

---

(١) وهو يقتضي أن لنا وجه باعتبار يوم القبول سواء قلنا الملك بالقبول ، وصوابه إذا أراد تلخيص كلام الرافعي أن يقول الاعتبار بيوم الوصية أو الملك أو الموت .

(٢) سقط في الأصل والمثبت من ط .

(٣) في ط لنفسه .

(٤) وفيما رجحاه نظر بل القياس ترجيح الأول لأن ما حصل للبعض يكون مقسوماً بينهما وهو متعذر ، وما لا فلا ويقع مشتركاً بين السيد والمبعض وهو يؤدي إلى الإبطال جملة كما هو المنقول عن الشيخ أبي علي كما يأتي فيما إذا أوصى لمبعض وكان بينهما مهاياة وقلنا : لا يدخل الاذن في المهايأة إذا لم يكن بينهما فقال الشيخ أبو علي : إن انتهينا إلى ذلك أبطلنا الوصية أيضاً فإن المبعض منهما يتصرف إلى مالك الرق ويصرفه إلى الوارث غير جائز فبطلت .

فرع : تردد الإمام ، فيما إذا صرحا بإدراج الأكساب النادرة في المهايأة ، أنها تدخل قطعاً ، أم تكون على الخلاف ؟ وفيما لو عمت الهبات والوصايا في قطر ، أنَّها هل تدخل قطعاً ، أم تكون على الخلاف ؟

قلت : الراجح طرد الخلاف مطلقاً ، لكثرة التفاوت . والله أعلم .

القسم الثاني : أن يكون العبد الموصى له للموصي ، فينظر ، إن أوصى لعبده القنّ برقبته ، فسيأتي بيانه إن شاء الله تعالى في القسم الثاني من الباب الثاني . وإن أوصى له بجزءٍ من رقبته ، نفذت الوصية فيه ، وعتق ذلك الجزء . وكذلك لو قال : أوصيت له بثلث مالي ولا مال له سواه . ولو قال : أوصيت له بثلث ما أملك من رقبته وغيرها من أموالي ، نفذت الوصية في ثلثه ، وبقي باقيه رقيقاً للورثة ، فيكون الثلث من سائر أمواله وصية لمن بعضه حر وبعضه رقيق لوارثه . وسنذكره إن شاء الله تعالى . ولو قال : أوصيت له بثلث ما أملك ، أو بثلث أموالي ، ولم ينص على رقبته ، فأوجه . أصحها وبه قال ابن الحداد : أن رقبته تدخل في الوصية ، لأنها من أمواله . والثاني : لا ، لإشعاره بغيره . فعلى هذا ، لا يعتق منه شيء ، والوصية له وصية للعبد بغير رقبته ، وعلى الأول ، هو كما لو قال : أوصيت له بثلث رقبته ، وثلث باقي أموالي . والثالثة : تجمع الوصية في رقبته ، فإن خرج كله من الثلث ، عتق ، وإن كان الثلث أكثر من قيمته ، صرف الفضل إليه ، وإن لم يخرج كله من الثلث ، عتق منه بقدر ما يخرج[1] . ولو أوصى له بعين مال ، أو قال : أعطوه من مالي كذا ، فإن مات وهو ملكه ، فالوصية للورثة . وإن باعه الموصي ، فهو للمشتري . فإن أعتقه ، فهي للعتيق[2] . ولو أوصى له بثلث جميع أمواله ، وشرط

---

(١) وفي البحر في آخر باب الكتابة لو أوصى لعبده بثلث ماله . قال بعض أصحابنا بخراسان فيه ثلاثة أوجه : أحدها لا يصح ، والثاني : يصح بثلثه ، والثالث ، يصح بجميع ثلثه ويقدم نفسه عليه . انتهى .
وقال الصميري في الإيضاح : لو أوصى لعبده بثلث ماله سئل الوارث عنه ، فإن قال رقبته دخلت في الثلث فقد عتق ثلثه وإن قال : إنما أردت ثلث ما سوى رقبته فالوصية باطلة لأن الظاهر أن الموصى به عين الموصى له وحينئذ فيجمع خمسة أوجه .

(٢) وما جزم به في صورة البيع جزم صاحب البحر بخلافه فقال : لو أوصى لعبد نفسه لا يصح لأن العبد لا يملك شيئاً وما يوصي به يكون لسيده ، ولو أوصى به ثم باعه من رجل ثم مات الموصي لم يصح أيضاً لأن الوصية لم تنعقد لعبد نفسه أصلاً . انتهى وقد نقله عنه في الكفاية . ثم قال وفيه نظر من وجهين :

تقديم رقبته ، عتق جميعه ، ودفع إليه ما يتم به الثلث .

فرع : تجوز الوصية لأم ولده ، لأنها تعتق بموته من رأس المال ، وللمكاتِب ، لأنه مستقل بالملك . ثم إن عجز ورقّ ، صارت الوصية للورثة . وكذا المدبَّر . ثم عتقه والوصية له معتبران من الثلث . فإن وفى بهما ، عتق ، ونفذت الوصية . وإن لم يف الثلث بالمدبَّر ، عتق منه بقدر الثلث ، وصارت الوصية لمن بعضه حر وبعضه رقيق ، للوارث . وإن وفى بأحد الأمرين من المدبر والوصية ، بأن كان المدبر يساوي مائة ، والوصية بمائة ، وله غيرهما مائة ، فوجهان[١] . أحدهما وبه قطع الشيخ أبو علي : تقدم رقبته ، فيعتق كله ، ولا شيء له بالوصية . وأصحهما عند البغوي : يعتق نصفه ، والوصية وصية لمن بعضه حر وبعضه رقيق للوارث .

قلت : الأول : أصح . والله أعلم .

القسم الثالث : أن يكون العبد لوارث الموصي ، بأن باعه قبل موت الموصي ، فالوصية للمشتري ، وإن أعتقه ، فهي للعتيق ، فإن استمر في ملكه ، فهي وصية لوارث ، وسيأتي حكمها إن شاء الله تعالى . وكذا لو أوصى لعبد أجنبي ، ثم اشتراه وارثه ، ثم مات الموصي .

ولو أوصى لمن نصفه حر ، ونصفه لوارثه ، فإن لم تكن بينه وبين السيد مهايأة ، أو كانت ، وقلنا : لا تدخل الوصية فيها ، فهو كالوصية لوارث . قال الإمام : وكان يحتمل أن يبعِّض الوصية ، كما لو أوصى بأكثر من الثلث[٢] . وإن جرت مهايأة ، وقلنا : يدخل فيها ، فقد سبق أن الاعتبار بيوم موت الموصي على

أحدهما : أن البندنيجي قال في الوصية لعبد نفسه وصية لعبد وارثه في الحقيقة لأن يكون لوارثه بعد الموت ، فأي فرق بينهما . والثاني : أن الرافعي حكى عنه في الركن الرابع من القسامة أنه لو أوصى لعبد نفسه ثم أعتق قبل أن يموت يصح الوصية والبيع من الأجنبي كالعتق .

(١) وما جزم به فيما إذا خرج بعضه من الثلث أن يعتق منه بقدره خلاف ما عزاه في البحر للجمهور بأنه قال : لو خرج بعضه من الثلث دون جميعه صح من الوصية له بقدر ما عتق منه وبطل منها بقدر ما رق منه . هكذا ذكر في الحاوي وقال سائر أصحابنا : إذا رق بعضه بطلت الوصية ، وقال في الكفاية ، وعلى ذلك جرى البندنيجي .

(٢) ما ذكره من التخريج قد حكاه ابن يونس في شرح التعجيز عن جده فقال : يحتمل أن يكون على الوجهين في الوقف عليهما . وأولى بالصحة لأن باب الوصية أوسع .

الأصح . فإن مات في يوم العبد ، فالوصية صحيحة له ، وإلا ، فوصية لوارث . وسواء كانت مهايأة يوم الوصية ، أم أحدثاها قبل موت الموصي ، قاله الشيخ أبو علي .

فرع : أوصى لمكاتب وارثه . فإن عتق قبل موت الموصي ، نفذت الوصية له ، وكذا لو أعتق بعده بأداء النجوم . فإن عجز ، ورق ، صارت وصية لوارث .

المسألة الثالثة : أوصى لدابة غيره ، وقصد تمليكها ، أو أطلق . قال الأصحاب : الوصية باطلة ، لأن مطلق اللفظ للتمليك ، والدابة لا تملِك . وفرقوا بينه وبين الوصية المطلقة للعبد ، بأن العبد تنتظم مخاطبته ، ويتأتَّى منه القبول ، وربما عتق قبل موت الموصي ، فثبت له الملك . وقد سبق في الوقف المطلق عليها وجهان في كونه وقفاً على مالكها ، فيشبه أن تكون الوصية على ذلك الخلاف . وقد يفرق بأن الوصية تمليك مَحْض ، فينبغي أن تضاف إلى من تملَّك .

قلت : الفرق أصح[1] . والله أعلم .

ولو فُسِّر بالصرف في علفها ، صحت ، لأن علفها على مالكها ، فالقصد بهذه الوصية المالك . هذا هو ظاهر المنقول ، وبه قطع الغزالي ، والبغوي ، وغيرهما . ويحتمل طرد خلاف سبق في مثله ، في الوقف . فعلى الصحة في اشتراط قبول المالك وجهان . اختيار أبي زيد : لا يشترط ، ويجعل وصية للدابة . والأصح : الاشتراط ، وبه قطع صاحب « التلخيص » كسائر الوصايا . وهي وصية لمالكها ، كما لو أوصى لعمارة داره ، فعلى هذا ، يتعين صرفه إلى جهة الدابة على الأصح . وبه قطع صاحب « التلخيص » رعاية لغرض الموصي . فعلى هذا ، يتولى الإنفاق الوصي . فإن لم يكن ، فالقاضي ، أو من يأمره من المالك أو غيره . قال القفال : لا يتعين ، بل له إمساكه ، وينفق عليها من غيره .

فرع : لو انتقلت الدابة من مالكها إلى غيره ، فقياس كون الوصية للدابة ، الاستمرار لها . وقياس كونها للمالك ، اختصاصها بالمنتقَل عنه .

---

(١) وأقراه على هذا الاحتمال وهو مع مقابله ينبغي تخريجه على خلاف الحصر والاشاعة والمرجح هنا الاشاعة .

قلت : بل القياس اختصاصها بالمتنقَل إليه ، كما سبق في الوصية للعبد . والله أعلم .

فرع : أوصى لمسجد ، وفسر بالصرف في عمارته ومصلحته ، صحت الوصية . وإن أطلق ، فهل تبطل كالوصية للدابة ، أم تصح تنزيلاً على الصرف في عمارته ومصلحته عملاً بالعرف ؟ وجهان . أصحهما : الثاني ، ويصرفه القيِّم في الأهم والأصلح باجتهاده .

وإن قال : أردت تمليك المسجد ، فقد ذكر بعضهم أن الوصية باطلة . ولك أن تقول : سبق أن للمسجد ملكاً ، وعليه وقفاً ، وذلك يقتضي صحة الوصية .

قلت : هذا الذي أشار الإمام الرافعي إلى اختياره هو الأفقه والأرجح . والله أعلم .

الرابعة[١] : الوصية للذمي صحيحة بلا خلاف . وكذا للحربي والمرتد على الأصح المنصوص في « عيون المسائل »[٢] .

الخامسة[٣] : في صحة الوصية للقاتل قولان . أظهرهما عند العراقيين والإمام والروياني : الصحة ، كالهبة . وسواء كان القتل عمداً أو خطأً ، بحقٍّ أم بغيره . وقيل : القولان في القتل ظلماً ، وتصح للقاتل بحق قطعاً ، كالقصاص . وقال القفال : إن ورّثنا القاتل بحق ، صحت ، وإلا ، فعلى هذا الخلاف . وقيل : القولان فيمن أوصى لجارحه ثم مات . أما من أوصى لرجل ، فقتله ، فباطلة قطعاً ، لأنه مستعجل ، فحُرم ، كالوارث . وقيل : تصح في الجارح قطعاً . والقولان في الآخر . والمذهب الصحة مطلقاً[٤] .

---

(١) في ط المسألة الرابعة .

(٢) قيل إن الجرجاني طرد الخلاف في الذمي ولم يعز الرافعي النص إلا في الحربي ثم قال والوجهان يجريان في الحربي .

(٣) في ط المسألة الخامسة .

(٤) قيد ابن الرفعة الخلاف بما إذا كان حراً أما إذا كان أوصى للقاتل وهو رقيق صحت قولاً واحداً لأنها وصية لسيده . وقال الشيخ البلقيني : محل ذلك إذا أوصى له بغير القود أما إذا أوصى له بالقود أو عفى عنه في مرض موته فإنه يصح جزماً . ذكره الشيخ أبو حامد في التعليق في باب عفو المجني عليه .

فرع : المستولدة ، إذا قتلت سيدها ، عتقت قطعاً وإن استعجلت ، لأن الاحبال كالإعتاق ، ولو أعتق المريض عبداً ، فقتل سيده ، لم يؤثر في حريته[١] . ولو قتل المدبر سيده ، فإن قلنا : التدبير وصية ، فهو كما لو أوصى لرجل فقتله . وإن قلنا : تعليق عتق بصفة ، عتق قطعاً ، كالمستولدة . وقال البغوي : إن صححنا الوصية للقاتل ، عتق المدبر بقتل سيده ، وإلا ، فلا . ويبطل التدبير ، سواء قلنا : التدبير وصية ، أم تعليق ، لأنه وإن كان تعليقاً ، ففي معنى الوصية ، لأنه من الثلث .

فرع : أوصى لعبد جارحه ، أو لمدبره ، أو لمستولدته ، فإن عتق قبل موت الموصي ، صحت الوصية للعتيق ، وإن انتقل منه إلى غيره ، صحت لذلك الغير ، وإلا ، فهي وصية لجارح .

فرع : أوصى لعبد زيد بشيء ، فجاء العبد فقتل الموصي ، لم تتأثر به الوصية . فإن جاء زيد وقتله ، فهو وصية للقاتل . ولو أوصى لمكاتب ، فقتل المكاتب الموصي ، فإن عتق ، فهي وصية للقاتل . وإن عجز ، فالوصية صحيحة للسيد . وإن قتله سيد المكاتب ، فالحكم بالعكس . وتجوز الوصية للعبد القاتل ، لأنها تقع لسيده .

فرع : مستحق الدين المؤجل ، إذا قتل مَن عليه دين ، حل دينه ، لأن الحظ له الآن في تعجيل براءته .

السادسة[٢] : في الوصية للوارث . يقدم عليها أنه ينبغي أن لا يوصي بأكثر من ثلث ماله . فلو خالف وله وارث ، فردّ[٣] ، بطلت الوصية في الزيادة على الثلث ، وإن أجاز ، دفع المال بالزيادة إلى الموصى له[٤] . وهل إجازته تنفيذ لتصرف

---

(١) ظاهره الجزم بذلك ، ونقل الشيخ البلقيني عن الحاوي حكاية قولين كالوصية للقاتل .

(٢) في ط المسألة السادسة .

(٣) في ط وارث خاص .

(٤) قال في الخادم : هذه العبارة أي عبارة الرافعي لا ينبغي أن يوصي بأكثر من الثلث غير مخلصة وأحسن منها فينبغي أن لا يوصي بأكثر من الثلث ـ وهي عبارة الروضة ـ وبها عبر البغوي والمتولي والخوارزمي ، وقال القاضي الحسين لا يجوز ومثله قول ابن سريج في الودائع « ليس له ذلك » ونحوه ، وقول =

الموصي ، أم ابتداء عطية من الوارث ؟ قولان . أظهرهما : تنفيذ . وإن لم يكن وارث خاص ، فالزياد على الثلث باطلة على الصحيح المعروف ، وبه قطع الجمهور ، لأن الحق للمسلمين ، فلا مجيز . وحكى أبو عاصم العبادي وجهاً في صحتها . وقال المتولي : للإمام ردُّها . وهل له إجازتها ؟ يبنى على أن الإمام ، هل يعطى حكم الوارث الخاص . وفي الوصية للوارث طريقان . أصحهما : أنه كما لو أوصى لأجنبي بزيادة على الثلث ، فتبطل برد سائر الورثة . فإن أجازوا ، فعلى القولين . أحدهما : إجازتهم ابتداءً عطيةٌ ، والوصية باطلة . وأظهرهما : أنها تنفيذ . والطريق الثاني : القطع ببطلانها وإن أجازت الورثة .

والفرق أن المنع من الزيادة هناك لحقِّ الورثة ، فإذا رضوا أجاز . والمنع هنا لتغيير الفروض التي قدرها الله تعالى سبحانه للورثة ، فلا أثر لرضاهم . فإن قلنا : تنفيذ ، كفى لفظ الإجازة ، ولا يحتاج إلى هبة وتجديد قبول وقبض ، وليس للمجيز الرجوع وإن كان قبل القبض . وإن قلنا : ابتداء عطية ، فلا يكفي قبول الوصية

= الماوردي « فأما الزيادة على الثلث فممنوع منها في قليل المال وكثيره لأن النبي ﷺ نهى سعداً . انتهى .

وهو ظاهر في التحريم ، وكذا قال أبو زكريا الساجي في كتاب « اختلاف الفقهاء » أنه لا يجوز أن يوصي بأكثر من الثلث ، وظاهرسياقه أنه من كلام الشيخ . قال الشيخ البلقيني وولده الشيخ جلال الدين لو كان في الورثة صغير أو معتوه أو بالغ سفيه ففي « الأم » في باب اختلاف الورثة قبل الوصية للقرابة قال الشافعي رحمه الله ، ولو كان في الوصية صغيرأوبالغ محجور عليه أو معتوه لم يجز على واحد من هؤلاء أن يجيز في نصيبه شيئاً جاوز الثلث من الوصية ولم يكن لولي واحد من هؤلاء أن يجيز ذلك في نصيبه ، ولو أجاز ذلك في ماله كان ضامناً له في ماله ، فإن وجد له في ماله فإن وجد في يدي من أجيز له أخذ من يديه وكان للولي أن يتبع من أعطاه إياه بما أعطى منه لأنه أعطاه ما لا يملك . انتهى .

وحاصله أن الولي لا يجوز له أن يجيز ولا يجب عليه أن يرد ولا يعطل التصرف في العين بل يجوز بيعها والتصرف فيها .

فإن قيل هل يجزي جواز البيع والتصرف في البالغ الرشيد قبل أن يرد إذا كان وارثاً يحتمل أن يجزي ويحتمل أن يفرق بأن له مندوحة في ذلك بأن يرد ـ باللفظ ـ وهذا الثاني أولى . انتهى .

وذكر في الخادم ذلك ولم يعزه لنقل شيخه ونقل عن الماوردي أنه لا يصح إجازة الورثة إلا من بالغ عاقل جائز الأمر ، فإن كان فيهم صغير أو مجنون أو محجور عليه بسفه لم يصح منه الإجازة ولا من الحاكم عليه ولا من وليه لما في الإجازة عليهم من تضييع حقهم ولا ضمان على الولي المجيز ما لم يُقبض ، فإن أقبض صار ضامناً بقدر ما أجازه من الزيادة . (قاله البكري) .

أولاً ، بل لا بد من قبولٍ آخر في المجلس ، ولا بد من القبض ، وللمجيز الرجوع قبل القبض ، وهل يشترط لفظ التمليك ، أو لفظ الإعتاق إن كان الموصى به إعتاقاً ؟ وجهان . أصحهما : نعم ، ولا يكفي لفظ الإجازة ، كما لو تصرف تصرفاً فاسداً من بيع أو هبة ثم أجازه .

فرع : خلف زوجة هي بنت عمه ، وأباها ، وكان أوصى لها ، فأجاز أبوها الوصية ، فلا رجوع له إن جعلنا الإجازة تنفيذاً ، وإن جعلناها ابتداء عطية ، فله الرجوع .

فرع : أعتق عبداً في مرضه ، أو أوصى بعتقه ، ولا مال له سواه ، أو زادت قيمته على الثلث ، فإن قلنا : الإجازة ابتداء عطية من الورثة ، فولاء ما زاد على الثلث للمجيزين ذكورهم وإناثهم بحسب استحقاقهم . وإن قلنا : تنفيذ ، فولاء جميعه للميت يرثه ذكور العصبة . وحكي عن ابن اللبان وجه : أن الولاء للميت على القولين ، وهو شاذ ضعيف . ولو أعتق المريض عبداً ، فمات قبل سيده ، فهل يموت كله حرّاً ، أم لا ؟ فيه خلاف مذكور في « باب العتق » .

فروع تتعلق بالمسألة : **إحداها** : الهبة في مرض الموت للوارث ، والوقف عليه وإبراؤه من دين كالوصية له ، ففيها الخلاف .

الثاني : لا اعتبار برد الورثة وإجازتهم في حياة الموصي . فلو أجازوا في حياته ، أو أذنوا له في الوصية ، ثم أرادوا الرد بعد موته ، فلهم ذلك . فإن أجازوا بعد الموت وقبل القسمة ، فالصحيح لزومها . وقيل : كالإجازة قبل الموت ، حكاه أبو منصور .

الثالث : ينبغي أن يعرف الوارث قدر الزائد على الثلث ، وقدر التركة ، فإن جهل أحدهما ، لم يصح إن قلنا : الإجازة ابتداء عطية . وإن قلنا : تنفيذ ، فكالإبراء عن مجهول ، وهو باطل على الأظهر .

الرابع : أجاز ثم قال : كنت أعتقد التركة قليلة ، فبانت أكثر مما ظننت ، قال الشافعي رضي الله عنه في « الأم » : يحلف وتنفذ الوصية في القدر الذي كان يتحققه . قال الأصحاب : إنما يحتاج إلى اليمين إذا حصل المال في يد الموصى

له . فإن لم يحصل ، فلا حاجة إلى اليمين إن جعلناها ابتداء عطية ، فإن الهبة قبل القبض لا تلزم . وقال المتولي : التنفيذ في القدر المظنون مبني على أن الإجازة تنفيذ ، فتنزل منزل الإبراء . أما إذا قلنا : ابتداء عطية ، فإذا حلف ، بطل في الجميع . واللفظ المحكي عن النص ينازعه فيما ادعاه . ولو أقام الموصى له بينة أنه كان عالماً قدر التركة عند الإجازة ، لزمت إن جعلناها تنفيذاً ، وإن قلنا : عطية ، فلا ، إذا لم يوجد القبض . ولو كانت الوصية بعبد معين ، فأجاز ، ثم قال : ظننت التركة كثيرة وأن العبد خارج من ثلثها وقد بان خلافه ، أو ظهر دين لم أعلمه ، أو بان لي أنه تلف بعضها ، فإن قلنا : الإجازة عطية ، صحت ، لأن العبد معلوم ، والجهالة في غيره . وإن قلنا : تنفيذ ، فقولان . أحدهما : الصحة ، للعلم بالعبد . والثاني : يحلف ولا يلزم إلا الثلث ، كما في الوصية بالمشاع ، وبهذا قطع المتولي[١] .

الخامس : الاعتبار في كونه وارثاً بيوم الموت ، حتى لو أوصى لأخيه ولا ابن له ، فولد له ابن قبل موته ، صحت . ولو أوصى لأخيه وله ابن ، فمات الابن قبل الموصي ، فهي وصية لوارث ، وهذا متفق عليه . وذكرنا في الإقرار للوارث خلافاً في أن الاعتبار بيوم الإقرار ، أم الموت ؟ والفرق أن استقرار الوصية بالموت ، ولا ثبات لها قبله[٢] .

السادس : إذا أوصى لكل واحد من ورثته بقدر حصته من تركته ، فوصيته

(١) هذا التصحيح من عنده والرافعي حكى الخلاف من غير ترجيح بل كلامه يشعر بترجيح الثاني ، فإنه لم يحك الأول عن أحد ، وحكى الثاني عن إيراد المتولي وحكاه ابن الرفعة في الكفاية عن البندنيجي والروياني وغير مسلم بهذا أن الجمهور على ترجيح هذا . وقال في المهمات : الصحيح الصحة فقد صححه في تصحيح التنبيه . قلت : ليست مسألة التنبيه وتصحيحه في المعين .

(٢) وقضيته أنه لا يجيء في الوصية خلاف الإقرار . قال ابن الرفعة : وفي شرح الجيلي تجري الوصية عليه ولم أره في غيره انتهى .
قلت : ما انصف الجيلي فقد جزم بذلك القفال في فتاويه فقال : لو أوصى لعبد وارثه فباعه قبل موت الموصي هل تصح الوصية . قال الشيخ القفال على مذهبه الجديد إن راعينا إقراره لوارثه حين الموت جاز هذا ، فإذا قيل كان للمشتري ما أوصى به للعبد ، وعلى قوله القديم إن راعينا الوراثة وقت الإقرار فالوصية ها هنا باطلة فقيل له . هذان القولان في الإقرار هل يعتبر بوقت الموت أو بوقت الإقرار دون الوصية فقال الشيخ ـ يعني القفال ـ وفي الوصية وجهان مخرجان على الإقرار . هذا لفظه .

باطلة ، لأنه يستحقه بلا وصية . ويجيء فيه وجه : أنه يصح ، لأن صاحب « التتمة » حكى وجهين فيما إذا لم يكن له وارث واحد فأوصى له بماله، الصحيح منهما: أن الوصية باطلة ، ويأخذ التركة بالإرث . والثاني : تصح ، فيأخذها بالوصية إذا لم ينقضها ، قال : وفائدة الخلاف تظهر فيما إذا ظهر دين . إن قلنا : إنه أخذ التركة إرثاً ، فله إمساكها وقضاء الدين من غيرها . وإن قلنا بالوصية ، قضاه منها ولصاحب الدين الامتناع لو قضى من غيرها .

قلت : ومن فوائده لو حدثت من عين التركة زوائد . إن قلنا : وصية ، لم يملكها . وإن قلنا : إرث ملكها على الصحيح . والله أعلم .

ولو أوصى لكل وارث بعين هي قدر حصته ، من ثوب ، وعبد ، وغيرهما ، فهل تحتاج هذه الوصية إلى الإجازة ، أم لا بل يختص كل واحد بما عينه له ؟ وجهان . أصحهما : تحتاج ، لاختلاف الأغراض في الأعيان ومنافعها ولهذا أوصى أن تباع عين ماله لزيد ، صحت الوصية على الصحيح . وفيه وجه حكاه المتولي والشاشي .

السابع : لو باع المريض ماله لوارثه بثمن المثل ، نفذ قطعاً .

الثامن : أوصى بثلث ماله لأجنبي ووارث . إن صححنا الوصية للوارث ، وأجازت الورثة ، فالثلث بينهما . وإن أبطلناها ، أو ردّها سائر الورثة ، بقي السدس للأجنبي على الصحيح[1] . وقيل : تبطل فيه أيضاً أخذاً من تفريق الصفقة . وإن أوصى لهذا بالثلث ، ولهذا بالثلث ، فإن صححنا الوصية للوارث ، وأجاز سائر الورثة ، فلكل واحد منهما الثلث . وإن أبطلناها ، أو ردّوا ، فلا شيء للوارث . ثم ينظر في كيفية الردّ ، إن ردّوا وصيّة الوارث ، سلم الثلث للأجنبي على الصحيح . وقيل : لا يسلم له إلا السدس . وإن قالوا : رددنا ما زاد على الثلث من الوصيتين ، فالأصح :

---

(١) قضيته جريان هذا الوجه سواء اعتبرنا إجازة الوارث أو لاوليس كذلك بل محله إذا أراد تفريعاً على اعتبار إجازة الوارث فإن أبطلناها لم يجيء الوجه المذكور بل يكون للأجنبي الثلث كاملاً بلا خلاف ويشهد لذلك توجيه ابن الصباغ هذا الوجه بأن الوارث يزاحم الأجنبي إذا أجاز الورثة وصيته ، فإن ردوها وجب أن يرجع إليهم بنصيبه ويكون للأجنبي حقه وهو السدس وشبهه ابن الرفعة بالأخوين يردان الأم من الثلث إلى السدس مع الأب ، ويرجع فائدة الحجب إلى الأب لأنه الذي أسقط الأخوين .

أن للأجنبي الثلث . وقيل السدس .

التاسع : أوصى لأحد ورثته بقدر نصيبه من التركة ، أو بما دونه ، وأجاز الباقون ، سلّم له الموصى به ، والباقي مشترك بينهم . قال الإمام : وذلك القدر ، خرج عن كونه موروثاً باتفاق الورثة . ولو أوصى لبعض الورثة بأكثر من قدر نصيبه ، فوجهان . أصحهما : أن الحكم كذلك . والثاني : أن الباقي لمن لم يوص له ، لاحتمال أن غرضه من الوصيّة تخصيصه بتلك الزيادة . ويتخرج على هذا الخلاف ما إذا أوصى لأجنبي بنصف ماله ، ولأحد ابنَيه الحائزَين بالنصف ، وأجازا الوصيتين ، فللأجنبي النصف . وفيما يستحقه الابن الموصى له وجهان . أصحهما : النصف . والثاني : الربع والسدس ، ويبقى نصف سدس الذي لم يوص له . ولو أجاز الابن الذي لم يوص له الوصيتين ، ولم يجز الموصى له وصية الأجنبي ، فالمسألة تصح من اثني عشر ، للأجنبي الثلث أربعة بلا إجازة ، ويأخذ سهماً آخر من نصيب الذي أجاز، فيجتمع له خمسة، وللابن الموصى له سبعة، منها ستة بالوصية، وسهم لأنه لم يجز وصية الأجنبي ، كذا حكاه الأستاذ أبو منصور عن ابن سريج ، وهو قياس الوجه الأول ، وقياس الثاني : أن يأخذ الابن الموصى له ستة أسهم ، ويبقى للابن الآخر سهم . ولو لم يجز الابن الذي لم يوص له وصية الأجنبي ، فللأجنبي خمسة . ثم على قياس الوجه الأول ، للابن الموصى له ستة أسهم ، وللآخر سهم ، وعلى قياس الثاني له خمسة ، وللآخر سهمان .

العاشر : أوصى لزيد بثلث ماله ، ولأحد ابنَيه الحائزَين بالكل ، وأجازا الوصيتين ، فلزيد الثلث ، والثلثان للابن الموصى له . وليس له زحمة زيد في الثلث ، لأن الوصية للأجنبي مستغنية عن الإجازة ، وفيه احتمال للمتأخرين . وإن ردّا ، فثلث زيد بحاله ، ولا شيء للابن بالوصية .

ولو أوصى لزيد بالثلث ، ولكل واحد من ابنيه بالثلث ، فردّا ، لم يؤثر ردّهما في حق زيد على الصحيح : وقيل : ليس له إلا ثلث الثلث بالشيوع .

الحادي عشر : وقف داراً في مرض موته على ابنه الحائز . فإن أبطلنا الوصية للوارث ، فهو باطل . وإن صححناها بالإجازة ، فقال ابن الحداد : إن احتملها ثلث ماله ، لم يكن للوارث الوقف في شيء منها ، لأن تصرف المريض في ثلث ماله

نافذ ، فإذا تمكن من قطع حق الوارث عن الثلث بالكلية ، فتمكُّنه من وقفه عليه أولى ، وإن زادت على الثلث ، لم يبطل الوقف في قدر الثلث . وأما الزيادة ، فليس للمريض تفويتها على الوارث ، فللوارث ردها وإبطالها . فإن أجاز ، فإجازته وقف منه على نفسه إن جعلنا إجازة الوارث عطية منه ، وإن جعلناها تنفيذاً ، لزم الوقف . وقال القفال : له رد الكلِّ في الوقف لأن الوصية بالثلث في حق الوارث كهي بالزيادة في حق غير الوارث . والصحيح المعروف قول ابن الحداد ، وعليه تتفرع الصور الآتية إن شاء الله تعالى . ثم ذكر الإمام أن صورة المسألة فيما إذا نجَّز الوقف في مرضه ، وكان الابن طفلاً فقبله له ثم مات فأراد الابن الرد أو الإجازة ، لكن لا حاجة إلى هذا التصوير ، لأنه وإن كان بالغاً فقبله بنفسه ، لم يمتنع عليه الرد بعد الموت[1] ، إذ الإجازة المعتبرة ، هي الواقعة بعد الموت . ولو كان له ابن ، وبنت ، فوقف ثلثي الدار على الابن ، والثلث على البنت ، فلا رد لهما إن خرجت الدار من الثلث . وإن زادت على الثلث ، فلهما رد الوقف في الزيادة . وإن وقفها عليهما نصفين ، والثلث يحتملها ، فإن رضي الابن ، فهيَ كما وقف ، وإلا ، فظاهر كلام ابن الحداد : أن له رد الوقف في ربع الدار ، لأنه لما وقف عليه النصف ، كان من

---

(١) فيه أمور :

أحدها : ما ذكره من ترجيح طريقة ابن الحداد على طريقة القفال ممنوع أما أولاً فلأن الشافعي نص على الإبطال مطلقاً وفاقاً للقفال فقال في الأم في آخر باب عطايا المريض فإذا تكلم بالصدقة المحرمة صحيحاً ثم مرض أو مريضاً ثم صح فهي جائزة خارجة من ماله ، فإذا تكلم بها مريضاً فلم يصح فهي من ثلثه جائزة بما يصدق به لو جازت له الوصية بالثلث ومردوده عما قال عمن يرد عنه الوصية بالثلث . انتهى والذي يرد عنه الوصية بالثلث هو الوارث ولكن هذا إذا قلنا إن الوصية للوارث باطلة فإن توقفنا على الإجازة ففيه ما قاله الرافعي .

الثاني : إن إطلاقه هنا يقتضي لزوم الوقف بمجرد اللفظ من غير احتياج إلى قبول الموقوف المعين وهو خلاف ما رجحه في بابه لكنه مول ما سنذكره .

الثالث : قضية اللزوم إذا كانت قدر الثلث وأنه لو رد الوارث لا عبرة برده وبه صرح الإمام .

الرابع : ما ذكره في آخر كلامه من منازعة الإمام تقريره أن الرافعي فهم من تصوير الإمام المسألة بقبول المريض الوقف للطفل أنه استشكل بقول القبول من شخص ثم رده من ذلك الشخص فقال الرافعي : لا حاجة إلى هذا التصوير لأنه وإن كان بالغاً يقبل لنفسه لم يمتنع عليه الرد وبعد الموت ، فإن الإجارة المعتبرة هي الواقعة بعد الموت فقبوله كان أولاً لصحة الوقف ثم جعل له الشرع الرد بعد الموت كما إذا وقف المعلق عتقه بصفة تصح ثم عند وجوده يعتق ويبطل الوقف .

حقه أن يقف على البنت الربع ، فإذا زاد ، كان للابن ردّه ، ثم لا يصير شيء منه وقفاً عليه ، لأن الأب لم يقف عليه إلا النصف ، بل يكون الربع المردود بينهما أثلاثاً ملكاً ، وتكون القسمة من اثني عشر ، لحاجتنا إلى عدد لرُبعه ثلث ، فتسعة منها وقف عليهما ، وثلاثة ملك ، وكلاهما بالأثلاث . وقال الشيخ أبو علي : عندي أنه ليس للابن إبطال الوقف إلا في سدس الدار ، لأنه إنما تعتبر إجازته في حقه ، وحقُّه منحصر في ثلثي الدار ، وقد وقف عليه النصف ، فليس له إلا تمام الثلثين ، لكن تتخيَّر البنت في نصف السدس ، إن شاءت أجازت ، فيكون وقفاً . وإن شاءت ردّت ، فيكون ملكاً .

قلت : قول أبي علي هو الأصح ، أو الصحيح ، أو الصواب . والله أعلم .

ولو وقف الدار على ابنه وزوجته نصفين ، ولا وارث سواهما ، قال ابن الحداد : قد نقص المريض من حق الابن ثلاثة أثمان الدار ، وهي ثلاثة أسباع حقه ، فله رد الوقف في حقها وهو الثمن إلى أربعة أسباعه ، ليكون الوقف عليها من نصيبها كالوقف عليه من نصيبه ، ويكون الباقي بينهما أثماناً ملكاً ، فتكون القسمة من ستة وخمسين ، لحاجتنا إلى عدد لثمنه سبع ، فتكون أربعة أسباع الدار كلها ـ وهي اثنان وثلاثون ـ وقفاً ، ثمانية وعشرون منها وقف على الابن ، وأربعة على الزوجة ، والباقي ـ وهو أربعة وعشرون ـ ملكاً ، منها أحد وعشرون للابن ، وثلاثة لها . قال الشيخ أبو علي : ليس له ردّ الوقف إلا في تتمة حقه وهو ثلاثة أثمان الدار ، وأما الثمن ، فالخيار فيه للزوجة . ولو وقف ثلث الدار على أبيه ، وثلثها على أمه ، ولا وارث سواهما ، فالجواب على قياس ابن الحداد : أنه نقص من نصيب الأب ثلث الدار ، لأنه يستحق ثلثيها ، ولم يقف عليه إلا الثلث ، وذلك نصف نصيبه ، فله رد الوقف في نصف نصيبها وهو سدس الدار ، والباقي بينهما أثلاثاً ملكاً . وتقع القسمة من ستة ، لحاجتنا إلى عدد لثلثه نصف ، فيكون نصف الدار وقفاً ، ونصفها ملكاً أثلاثاً . وعلى قياس الشيخ : لا يردّ الوقف إلا في تتمة حقه ، وهو الثلث ، ولها الخيار في السدس ، ولفظ ابن الحدد في المولَّدات يمكن تنزيله على ما قاله الشيخ ، فيرتفع الخلاف ، لكنه يحوج إلى ضرب تعسف .

فصل : [الوصية][1] للميت باطلة ، سواء علم الموصي بموته ، أم لا[2]

الركن الثالث : الموصى به ، ويشترط فيه أربعة أمور .

أحدها : كونه مقصوداً ، فيخرج عنه ما لا يقصد[3] . ويلتحق به ما يحرم اقتناؤه والانتفاع به ، فلا تصح الوصية به . فالمنفعة المحرمة كالمعدومة .

والثاني : أن يقبل النقل من شخص إلى شخص . فما لا يقبله ، لا تصح الوصية به ، كالقصاص ، وحد القذف[4] ، فإنهما وإن انتقلا بالإرث ، لا يتمكن مستحقهما من نقلهما . كذلك لا تجوز الوصية بالحقوق التابعة للأموال ، كالخيار وحق الشفعة إذا لم تبطل بالتأخير لتأجيل الثمن .

قلت : فلو أوصى بالشقص الذي يستحق الشفعة بسببه ، كان الشقص للموصى له ، والشفعة للورثة ، قاله القاضي حسين في « الفتاوى » . والله أعلم .

الثالث : أن لا يزيد على الثلث ، على ما سيأتي إن شاء الله تعالى .

الرابع : أن يكون مختصاً بالموصي إذا قلنا : لا تجوز الوصية بمال الغير ، كما سنذكره إن شاء الله تعالى .

فصل : الوصية بالحمل الموجود ، إن أطلقها فقال : أوصيت بحمل فلانة ،

---

(١) في ط والوصية .

(٢) قال الماوردي : ولو أوصى لحي وميت فللحي النصف وينبغي أن يجري فيه الوجهان في الوصية لمن يملك ولمن لا يملك .

وما جزم به الماوردي قريب مما إذا أوصى بالثلث لأجنبي ووارث وقلنا الوصية للوارث باطلة أوردها بقية الورثة ففي وجوه تُبطل في حق الأجنبي أيضاً أخذاً من تفريق الصفقة والأصح صحتها ويعطى السدس ولم يقل أحد من الأصحاب بأنه يعطى الثلث كما قاله أبو حنيفة وكما هو وجه فيما إذا أوصى ببناء كنيسة لنزول المارة وللبعيد وفيما إذا أوصى بثلثه لزيد وجبريل أو الملائكة والريح بخلاف الوارث في هذه المسألة إلى من لا يقبل الملك فألغيت بالكلية بخلاف الوارث .

(٣) قال في الخادم : الصواب عدم اعتبار القصد فإنه يجوز هبة التافه كحبتي الحنطة ونحوهما والوصية أوسع من الهبة ولهذا صحت بالمجهول والنجاسات .

(٤) قال في الخادم ، ما قاله في حد القذف صحيح ، وأما القصاص فيجب تقييده بما إذا أوصى به لغير من هو عليه ، وأما لمن هو عليه فلا شك في الجواز كما صرحوا به في باب العفو عن القصاص وأخذه من كلام شيخه البلقيني .

أو قيدها فقال : بحملها الموجود الآن ، فهي صحيحة بشرط انفصاله حيّاً ، ولوقت يُعلم وجوده عند الوصية ، كما سبق في الوصية للحمل . فلو انفصل ميتاً مضموناً بجناية ، لم تبطل ، وتنفذ من الضمان ، لأنه انفصل مقوّماً ، بخلاف ما إذا أوصى بحمل وانفصل ميتاً بجناية ، فإنها تبطل كما سبق ، لأن المعتبر هناك المالكية . وهل يصح قبول الموصى له قبل الوضع ؟ فيه خلاف مبني على أن الحمل هل يعرف ، وإن كانت الوصية بحمل سيكون ، صحت أيضاً على الأصح[1] .

فرع : الوصية بثمار البستان الحاصلة في الحال صحيحة ، وبالتي ستحدث طريقان . أصحهما : على الوجهين في الحمل الذي سيحدث . والثاني : القطع بالصحة ، كالوصية بالمنافع ، لأنها تحدث من غير إحداث أمر في أصلها ، بخلاف الولد .

فرع : الوصية بصوف الشاة ولبنها ، كالثمار .

فصل : الوصية بمنافع الدار والعبد صحيحة ، مؤبّدة ومؤقتة ، والإطلاق يقتضي التأبيد .

فصل : الوصية بما لا يقدر على تسليمه ، كالآبق ، والمغصوب ، والطير المفلت ، صحيحة ، وكذا بالمجهول ، كقوله : أعطوه ثوباً أو عبداً .

فرع : لو أوصى بأحد العبدين ، صحت . ولو أوصى لأحد الرجلين ، لم تصح على الأصح ، كسائر التمليكات . وقد يحتمل في الموصى به ما لا يحتمل في الموصى له ، ثم الإبهام في الموصى له إنما يمنع إذا قال : أوصيت لأحد الرجلين . فلو قال : أعطوا العبد أحد الرجلين ، ففي « المهذب » و« التهذيب » وغيرهما : أنه جائز تشبيهاً بما إذا قال لوكيله : بعه لأحد الرجلين[2] ، وإذا أبهم الموصى به ، عيّنه

(١) وكان الشيخ محيي الدين لما لم ير فيه خلافاً جزم به وقد قال في الدقائق في مسائل الطلاق إنما يذكر الرافعي هذه الصيغة فيما إذا كان آدمياً وإليه يشير قوله في الروضة بحمل فلأنه فلو ضربت البهيمة الموصى بحملها فوضعت ميتاً لم يستحق الموصى له شيئاً والفرق أن دية الجنين بدل منه فالواجب في حمل البهيمة ما نقص من قيمتها وليس موصى له بشيء من القيمة . (قطع به الماوردي) .

(٢) كذا اقتصر عليه وجزم به الماوردي في باب الرجوع عن الوصية وصاحب الانتصار والبيان ، وفيه نظر ولهذا لما حكاه صاحب الذخائر عن المهذب ، قال : وهذه المسألة لا تفارق التي قبلها وتفارق مسألة =

الوارث ، وإذا أبهم الموصى له ، فسنذكر حكمه إن شاء الله تعالى .

فصل : تصح الوصية بما يحل الانتفاع به من النجاسات ، كالكلب المعلَّم ، والزيت النجس ، والزبل ، وجلد الميتة ، والخمر المحترمة ، والخنزير ، لثبوت الاختصاص فيها وانتقالها من يد إلى يد بالإرث أو غيره . قال المتولي : ومن هذا القبيل ، شحم الميتة لدهن السفن ولحمُها إذا جوزنا الانتفاع به . وفي الجرو الذي يتوقع الانتفاع به وجهان ، بناءً على جواز إمساكه وتربيته لذلك ، أصحهما : الجواز . فأما ما لا يحل اقتناؤه والانتفاع به ، كالخمر[1] ، والخنزير ، والكلب العقور ، فلا تصح الوصية به . ونقل الحناطي وجهاً : أنه تصح الوصية ، كالكلب الذي لا يجوز اقتناؤه ، وقولاً : أنه لا تجوز الوصية بالمقتنى ، وهما شاذان ضعيفان .

فصل : تصح الوصية بنجوم الكتابة . فإن عجز ، فلا شيء للموصى له ، وتصح برقبة المكاتب إن جوزنا بيعه ، وإلا ، فقال المتولي : هو كما أوصى بمال الغير ، وسنذكره إن شاء الله تعالى .

فصل : إذا أوصى بمال الغير فقال : أوصيت بهذا العبد ، وهو ملك غيره ،

= الوكيل فإن المقصود من الوكالة الإذن للوكيل في البيع وقد وجد ولهذا لو قال له بع عبدي هذا ولم يسم مشترياً صح ، وفي الوصية كذلك لا يصح فافترقا ، ثم رأيت في التجريد لابن كج إذا قال ادفعوا هذا العبد إلى أحد هذين فإن قال أيهما اخترتم ورأيتم صحت الوصية وإن أطلق فالوصية باطلة . وقال أبو حنيفة : تصح في هذا أيضاً . انتهى . وهذا الذي قاله هو المتجه فلتكن الفتوى به .

(١) فيه أمران :

أحدهما : ما ذكره من التفصيل في الخمر هي طريقة المراوزة بناء على رأيهم في جواز إمساكها لكن العراقيين أطلقوا القول بأن الوصية بالخمر باطلة وأوجبوا إراقتها مطلقاً وهو ظاهر النص ومخرج من كلام الدارمي وجه بالصحة مطلقاً وهو بعيد .

الثاني : ما حكاه عن التتمة يقتضي أن في المسألتين خلافاً فأما الأولى وهي الانتفاع بلحم الميتة في إطعام الجوارح فقال ابن الرفعة : كلام الغزالي في البيع والماوردي وابن الصباغ هنا وغيرهم تنازع فيه .

قلت : الذي اقتضاه كلام التتمة صحيح ، وفي الكافي أنه لا يصح بالميتة ويشهد له قول النبي ﷺ «لا تنتفعوا من الميتة بشيء» . وقال في الوافي : هنا في جواز اقتنائها لإطعام الجوارح وجهان ، والظاهر أن هذا الخلاف مراد المتولي ويشبه تنزيل الخلاف على تفصيل ابن القطان في فروعه فقال : إذا أوصى له بميتة وما أشبه ذلك فإن كان له فيه غرض مثل أن يطعمه جوارحه أو شجر فيه شوك صحت الوصية وإن كان لا منفعة له فيه فالوصية باطلة .

أو بهذا العبد إن ملكتُه ، فوجهان . أحدهما : تصح ، لأنها تصح بالمعدوم ، فذا أولى . والثاني : لا ، لأن مالكه يملك الوصية به ، والشيء الواحد لا يكون محلاً لتصرف شخصين ، وبهذا قطع الغزالي .

قلت : الأول أفقه وأجرى على قواعد الباب . والله أعلم .

فصل : الوصية بالأصنام والسلاح للذمي والحربي ، وبالعبد المسلم والمصحف للكافر ، كبيعها له[1] .

فرع : إذا قال : أعطوه كلباً من كلابي ، وله كلاب يحل الانتفاع بها ، ككلب صيد ، أو زرع ، أو ماشية ، أعطي واحداً منها[2] . ولو قال : كلباً من مالي ، فكذلك وإن لم يكن الكلب مالاً ، لأن المنتفَع به من الكلاب يقتنى وتعتوره الأيدي ، كالأموال ، فقد يستعار له اسم المال . ولو قال : أعطوه كلباً من كلابي ، أو من مالي ، وليس له كلب ينتفَع به ، بطلت الوصية ، بخلاف ما إذا قال أعطوه عبداً ، فإنه يشترى ، لأن الكلب يتعذر شراؤه .

---

(١) وقضيته طرد الخلاف هنا وبه صرح في كتاب البيع وقال : قال المتولي : هذا إذا قلنا يملك القبول ، فإن قلنا بالموت صح بلا خلاف كالارث ، وسبق منازعته فيه ، وما في ذلك من الفوائد فراجعه وكلام صاحب الوافي هنا يقتضي القطع بالمنع هنا فإنه قال : وفي بيع السلاح للحربي ممن لا يعلم أنه يقاتل به المسلمين وجهان والفرق أن البيع ليس بقربة فيصح وإن لم يكون حسبه بخلاف الوصية ، وهذا الذي قاله حسن . (قاله في الخادم) .

(٢) فيه أمران :

أحدهما : أطلق الإعطاء وشرطه أن يكون الموصى له ممن يحل له الانتفاع به ، بأن يكون صاحب صيد أو حرث أو ماشية ، فإن لم يكن صاحب واحد منها ففي صحة الوصية وجهان في الحاوي لعلهما الوجهان في جواز اقتنائه لمن ليس له صيد ولا حرث ولا ماشية فإنه حكى وجهين ، وقال النووي في شرح المهذب هناك ظاهر كلام الجمهور القطع بالتحريم وإن ابن الصباغ حكى فيه وجهين والأقرب المنع .

الثاني : قضيته تخيير للوارث مطلقاً وينبغي تقييده بما إذا كان الموصى له اجتمعت فيه الأسباب بأن كان صاحب صيد وحرث وماشية فإن لم يكن كذلك بل كان ممن ينتفع بأحدها لزم الوارث إعطاءه ما ينتفع به دون غيره . جزم به الدارمي في الاستذكار وحكى الماوردي في المسألة وجهان من غير ترجيح ورجح بعض المتأخرين عدم التعيين فإن اللفظ عام وليس في لفظ الموصي ما يقدر حتى التخصيص والراجح ما قاله الدارمي وحاصل الوجهين أنا هل نعتبر منفعة الكلب أو منفعة الموصى له .

قلت : هذا هو الصحيح المعروف . وفي وجه حكاه الجرجاني في « المعاياة » وغيره : أنه تصح الوصية ويعطى قيمة مثل الكلب من الجوارح الظاهرة ، وهذا ليس بشيء . والله أعلم .

ولو كان لـه كلب ، ولا مال لـه ، فأوصى بكلبـه ، لم تنفذ الـوصية إلا في ثلثه[1] ، كالمال ، فإن أوصى ببعضـه ، أو كان لـه كلاب فـأوصى ببعضها ، ففي وجه : لا يعتبر خروج الموصى به من الثلث ، لأنها غير متقومة ، ويكفي أن يبقى للورثة شيء وإن قل . والصحيح اعتباره كالأموال . فعلى هذا ، إن لم يكن إلا كلب واحد ، لم يخفَ اعتبار الثلث . وإن كان كلاب ، ففي كيفيته أوجه . أصحها ومنهم من قطع به أنه ينظر إلى عـدد الرؤوس ، وتنفـذ الوصيـة من ثلاثـة في واحد[2] . والثاني : ينظر إلى قيمتها بتقدير المالية فيها ، كما يقدر الرق في الحر عند الحاجة ، وتنفذ الوصية في الثلث بالقيمة . والثالث : تقوم منافعها ، ويؤخذ الثلث من قيمة المنافع . ولو لم يملك إلا كلباً ، وطبل لهو ، وزق خمر محترمة ، فأوصى بواحد منها ، وأردنا اعتبار الثلث ، لم يجز الوجه الأول ولا الثالث[3] ، لأنه لا تناسب بين الرؤوس ولا المنفعة ، فيتعين اعتبار القيمة . أما إذا كان له مال وكلاب ، فأوصى بكلها ، أو ببعضها ، فثلاثة أوجه . أصحها : نفـوذ الوصيـة فيها وإن كثـرت وقلّ المال ، لأن المعتبر أن يبقى للورثة ضعف الموصى به ، والمال وإن قـلَّ خير من

---

(١) قال الصميري في الإيضاح : وإذا لم يجز الورثة ما زاد على الثلث صار الوارث بجميعها يومين وصار الموصى له بجميعها يوماً .

(٢) وهذا التصحيح من عنده ، وعبارة الرافعي وكلام الناقلين يشعر بترجيحه ومنهم من لا يـذكـر غيـره انتهى . فإن كان هذا كافياً في إطلاق الأصح نقلاً فلا فائدة فيما فعل في الروضة بعد ذلك في دخول الحمل في الوصية بالأم حيث عزاه إلى قضية كلام الأئمة .

(٣) ما قاله من عدم مجيء الخلاف ممنوع فإن الغزالي في البسيط فرض المسألة تبعاً للإمام فيما إذا كان له كلاب وأزقة خمر وأهب غير مدبوغة ولا شيء له غير ذلك لما وصى له ببعضها قال : إنه يعتبر القيمة إذ لا تتجانس منافعها ولا تتناسب أعدادها . ومن أصحابنـا من طرد النظر إلى العدد . قال الإمام ، وهو بعيد ، وما ذكره الإمام من الوجه يقرب به من وجه يشعر بـه في نكاح المشركات فيما إذا أصدق الكافر زوجته ثلاثة كلاب وزقي خمر وخنزيراً وقبضت بعض ذلك في الشـرك أنا نـنظر على وجه إلى العـدد وعلى وجه إلى القيمة وعلى وجه إلى الجنس والوجهان الأولان قد جرى مثلهما فيما نحن فيه فيظهر من الثالث فيه أيضاً ويكون الحكم في المثال المذكور كما إذا نظرنا إلى العدد .

ضعف الكلب ، إذ لا قيمة له ، وبهذا قال أبو علي بن أبي هريرة والطبري والشيخ . والثاني قاله الاصطخري : إن الكلاب ليست من جنس المال ، فيقدر كأنه لا مال له ، وتنفذ الوصية في ثلاثة كلاب على ما سبق . والثالث : تقوَّم الكلاب أو منافعها على اختلاف الوجهين السابقين ، وتضم إلى ما يملكه من المال ، وتنفذ الوصية في ثلث الجميع . ولو أوصى بثلث ماله لرجل ، وبالكلاب لآخر ، فعلى قول الاصطخري : يعتبر ثلث الكلاب وحدها . وأما على الوجه الأول ، فقال القاضي أبو الطيب : تنفذ الوصية بجميع الكلاب ، لأن ثلثي المال الذي يبقى للورثة ، خير من ضعف الكلاب ، واستبعده ابن الصباغ ، لأن ما يأخذه الورثة من الثلثين هو حصتهم بسبب ما نقلت فيه الوصية ، وهو الثلث ، فلا يجوز أن يحسب عليهم مرة أخرى في وصية الكلاب ، فعلى هذا يلتقي الوجهان .

قلت : قول ابن الصباغ أصح . والله أعلم .

وقياس الوجه الثالث : أن تضم قيمة الكلاب أو منافعها إلى المال ، ويدخل المال في حساب الوصية بالكلاب وإن لم تدخل الكلاب في حساب الوصية بالمال .

فصل : اسم الطبل يقع على طبل الحرب الذي يضرب به للتهويل ، وعلى طبل الحجيج والقوافل الذي يضرب به للاعلام بالنزول والارتحال ، وعلى طبل العطارين وهو سفط لهم(١) ، وعلى طبل اللهو ، كالطبل الذي يضرب به المخنثون ، وسطه ضيق وطرفاه واسعان ، فإن أطلق الطبل ، ففيه كلام نذكره في أول الباب الثاني إن شاء الله تعالى . وإن عيّن ما سوى طبل اللهو ، صح . وإن عين طبل اللهو ، نظر ، إن صلح للحجيج ، أو الحرب ، أو منفعة أخرى مباحة ، إما على الهيئة التي هو عليها ، وإما بعد التغيير الذي يبقى معه اسم الطبل ، فالوصية أيضاً صحيحة ، وإلا ، فباطلة ، ولا نظر إلى المنافع المتوقعة بعد زوال اسم الطبل ، لأنه إنما أوصى بالطبل ، هكذا ذكر المسألة جماهير الأصحاب . وقال الإمام ، والغزالي : إن لم يصلح لغرض مباح مع بقاء اسم الطبل ، وكان لا ينتفَع إلا برضاضه ، لم تصح الوصية ، لأنه لا يقصد منه الرضاض إلا إذا كان من شيء نفيس ، كذهب ، أو عود ،

---

(١) هو بفتح السين المهملة والفاء واحد الاسفاط أصله وعاء يعبأ فيه الطيب ونحوه ثم يستعاد للصندوق الصغير .

فتنزل الوصية عليه ، وكأنه أوصى برضاضه إذا كسر ، والوصية تقبل التعليق .

واعلم أنه سبق في بيع الملاهي التي يعدّ رضاضها مالاً ثلاثة أوجه . ثالثها : إن كانت متخذة من شيء نفيس ، صح ، وإلا ، فلا . [فإن اكتفينا بمالية الرضاض[١] لصحة البيع ، فكذا الوصية ، وإلا ، فلا] . فإذاً ما ذكره الجمهور مع ما ذكره الإمام ، وجهان في المسألة . وكما أطلق الجمهور بطلان البيع ، فكذا الوصية ، وكما اختار الإمام صحة البيع إذا كان شيئاً نفيساً ، فكذا صحح الوصية فيه .

فصل : سبق أن الموصى به ينبغي أن لا يزيد على ثلث المال ، والأحسن أن ينقص من الثلث شيئاً . وقيل : إن كان ورثته أغنياء استوفى الثلث ، وإلا[٢] ، فيستحب النقص منه . وبأيّ يوم يعتبر المال ؟ وجهان . أحدهما : بيوم الوصية ، كما لو نذر التصدق بماله . وأصحهما : بيوم الموت ، إذ يملك بعد الموت . فعلى هذا ، لو زاد ماله بعد الوصية ، تعلقت الوصية به . وكذا لو هلك ثم كسب مالاً ، تعلقت به . ولو أوصى بعشرة ، ولا مال له ، ثم كسبه ، تعلقت به . وعلى الوجه الأول ، كل ذلك بخلافه . ومنهم من قطع في اعتبار القدر بيوم الموت وخص الخلاف بمن لم يملك شيئاً أصلاً ثم ملكه[٣] .

ثم الثلث الذي تنفّذ فيه الوصية ، هو ثلث الفاضل عن الديون . فلو كان عليه دين مستغرق ، لم تنفذ الوصية في شيء ، لكن يحكم بانعقادها في الأصل حتى ينفذّها لو تبرع شخص بقضاء الدين أو أبرأه المستحق[٤] .

فرع : التبرعات المعلّقة بالموت ـ وهي الوصايا ـ معتبرة من الثلث ، سواء

---

(١) سقط من الأصل والمثبت من ط .

(٢) هذا الوجه الذي ضعفه هو الصواب ، وقد نص عليه الشافعي في الأم في باب الوصية بالثلث فقال : فإذا تركهم أغنياء اخترت له أن يستوعب الثلث وإذا لم يدعهم أغنياء كرهت له أن يستوعب الثلث . انتهى .
وحكاه عنه ابن المنذر في الاشراف والبيهقي في المعرفة .

(٣) وهذا الذي حكاه ثالثاً رواية الإمام والشيخ أبي علي عن الأصحاب .

(٤) وهذا جزم به في التتمة ويقتضي كلامهم أنه لو رضي الغريم بتقديم الوصية وبقاء الدين في ذمته أنه لا يقدم نظراً للميت وفيه نظر .

أوصى بها في صحته ، أو في مرضه ، وكذا التبرعات المنجَّزة في المرض المخوف المتصل بالموت معتبرة من الثلث . ولو وهبه في صحته ، وأقبض في مرضه ، فمن الثلث ، لأن الهبة إنما تُملك بالقبض . وهذه القاعدة يُحتاج فيها إلى معرفة ثلاثة أشياء : أن المرض المخوف ماذا ؟ وأن التبرعات والتصرفات المحسوبة من الثلث ما هي ؟ وأنها كيف تحسب ؟ فنعقِد في كل واحدة فصلاً .

الفصل الأول : في بيان المرض المخوف والأحوال التي هي في معناه ، وبيان طريق معرفته عند الإشكال ، وبيان ما يحكم به المخوف وغير المخوف ، فهذه ثلاثة أمور .

أما الأول : فما بالإنسان من مرض وعلة ، إما أن ينتهي به إلى حال يقطع فيها بموته منه عاجلاً ، وذلك بأن يشخص بصره عند النزع وتبلغ الروح الحنجرة ، أو يقطع حلقومه ومريُّه ، أو يشق بطنه وتخرج حشوته . وقال الشيخ أبو حامد : أو يغرق في الماء ويغمره ، وهو لا يعرف السباحة ، فلا اعتبار بكلامه ووصيته وغيرها في شيء من هذه الأحوال ، حتى لا يصح إسلام الكافر ولا توبة الفاسق والحالة هذه ، لأنه صار في حيز الأموات ، وحركته حركة المذبوح .

قلت : واحتج أصحابنا بأن هذه هي الحال التي قال فيها فرعون : « آمنت »[١] فلم يصح منه[٢] . والله أعلم .

وإما أن لا ينتهي إليها ، فإما أن يخاف منه الموت عاجلاً ، وهو المخوف الذي يقتضي الحجر في التبرعات ، وإما أن لا يكون كذلك ، فحكمه حكم الصحة . هذا

---

(١) قال الله تعالى : ﴿ وجاوزنا ببني إسرائيل البحر فاتبعهم فرعون وجنوده بغياً وعدواً حتى إذا أدركه الغرق قال آمنت أنه لا إله إلا الذي آمنت به بنو إسرائيل وأنا من المسلمين آلآن وقد عصيت قبل وكنت من المفسدين ﴾ يونس/ ٩٠ .

(٢) هذا المذكور هنا يخالف ما ذكره الشيخ تبعاً لأصله في الجنايات بأن المريض إذا انتهى إلى هذه الحالة بسبب المرض فقتله إنسان فله حكم الأحياء حتى يقاد به . نبه على ذلك الأذرعي وغيره ، وقول الشيخ يشخص بصره . قال في الصحاح . يقال شخص بصره بالفتح فهو شاخص إذا فتح عينيه وجعل لا يطرف ، والحنجرة بفتح الحاء المهملة ويقال الحنجرة والحلقوم والحشوة بضم الحاء . ((قاله الزركشي) .

ضابطه . ثم تكلم الشافعي والأصحاب رضي الله عنهم في أمراض خاصة مخوفة ، وغير مخوفة .

فمن المخوفة : القولنج ، وهو أن تنعقد أخلاط الطعام في بعض الأمعاء فلا تنزل ، ويصعد بسببه البخار إلى الدماغ فيؤدي إلى الهلاك(١) .

ومنها : ذات الجنب ، وهي قروح تحدث في داخل الجنب بوجع شديد ، ثم ينفتح في الجنب ، ويسكن الوجع ، وذلك وقت الهلاك ، وكذلك وجع الخاصرة(٢) .

ومنها : الرعاف الدائم ، لأنه يسقط القوة ، وابتداؤه ليس بمخوف .

ومنها : الإسهال ، إن كان متواتراً ، فمخوف ، لأنه ينشف رطوبات البدن . وإن كان يوماً ويومين ولم يدم ، فليس مخوفاً ، إلا إذا انضم إليه أحد أمور .

أحدها : أن ينخرق البطن ، فلا يمكنه الامساك ويخرج الطعام غير مستحيل .

الثاني : أن يكون معه زحير ، وهو أن يخرج بشدة ووجع ، أو تقطيع ، وهو أن يخرج كذلك ويكون منقطعاً ، وقد يتوهم انفصال شيء كثير ، فإذا رآه [نظره](٣) كان قليلاً .

الثالث : أن يعجله ويمنعه النوم .

الرابع : إذا كان معه دم ، نقل المزني أنه ليس بمخوف . وفي « الأم » أنه إن كان يوماً أو يومين ولا يأتي معه دم ، لا يكون مخوفاً . وهذا يشعر بأنه مع الدم مخوف . فمن الأصحاب من قال : سها المزني ، وهو مخوف ، لأنه يسقط القوة ، قاله المسعودي . وتأول الأكثرون فحملوا نقل المزني على دم يحدث من المخرج من

---

(١) وهو عند الأطباء أقسام وقد لا يصعد منه بخار ، وقال ابن سينا في القانون . هو مرض معوي ولم يتعسر معه خروج ما يخرج بالطبع .

قال ابن النفيس شارحه : فقوله معوي يخرج الأمراض التي لا تنسب إلى الأمعاء كأمراض الكبد والمعدة وقوله يتعسر يخرج المغص والقروح المعدية .

(٢) قال ابن النفيس في شرح القانون : وظاهر كلام الشيخ في القانون أنه ورم فيما سوى الرئة والقلب ، والمشهور عند الأطباء أنه ورم في الغشاء المتبطن للأضلاع هذا إذا أطلقوا لفظ ذات الجنب .

(٣) سقط في الأصل والمثبت من ط .

البواسير ونحوه . ونص في « الأم » على دم الكبد وسائر الأعضاء الشريفة ، فهذا مخوف ، وذاك غير مخوف .

ومنها : السل[١]، وهو داء يصيب الرئة ، ويأخذ البدن منه في النقصان والاصفرار . وقد أطلق في « المختصر » أنه ليس بمخوف ، فأخذ بهذا الإطلاق آخذون ، حتى قال الحناطي : إنه ليس بمخوف لا في أوله ولا في آخره ، ووجهوه بأن السل وإن لم يسلم منه صاحبه غالباً فإنه لا يخشى منه الموت عاجلاً ، فيكون كالشيخوخة والهرم ، وذكر صاحب « المهذب » والغزالي : أنه مخوف في انتهائه دون ابتدائه ، وعكسه البغوي ، والأشبه بأصل المذهب ما قاله الحناطي وموافقوه .

ومنها : الفالج[٢] ، وسببه غلبة الرطوبة والبلغم ، وابتداؤه مخوف . فإذا استمر فليس بمخوف ، وسواء كان معه ارتعاش ، أم لا ، لأنه لا يخاف منه الموت عاجلاً . وفي وجه : إن لم يكن معه ارتعاش ، فمخوف .

---

(١) قال في الخادم ، قال الزبيدي السل بكسر السين وجمعه سلال ، ووقع في المهمات أنه بفتح السين وهو سهو .
ثم قال صاحب الخادم ، وما جزم به ـ يعني الرافعي ـ من كونه مخوفاً نازع فيه بعضهم بقول جالينوس في شرح فصول القراط ، والسل هزال البدن كله الذي لا يبرأ الكائن به من حمى دقيقة بسبب قرحة في البرية . انتهى .
وما ذكره من أن الرافعي جزم بذلك عجيب ، فإن الرافعي لم يجزم بذلك بل قال : أطلق في المختصر أنه ليس بمخوف وهذا الإطلاق أخذ به آخذون حتى صرح أبو عبد الله الحناطي رحمه الله أنه ليس بمخوف لا في أوله ولا في أخره . ووجهوه بأن السل وإن لم يسلم منه صاحبه غالباً فلأنه لا يخشى منه الموت عاجلاً فيكون بمثابة الشيخوخة والهرم وحكى الشيخ أبو اسحاق الشيرازي وصاحب الكتاب أن السل في انتهائه مخوف ، وفي ابتدائه غير مخوف ، ثم قال وعكس الحسين ـ أي البغوي ـ رحمه الله في التهذيب فقال ، ابتداؤه مخوف فإذا استمر فليس بمخوف ثم قال وأشبههما بأصل المذهب الأول يعني قول الحناطي تبعاً لإطلاق المختصر أنه ليس بمخوف لا في أوله ولا في آخره على ذلك في الروضة وزاد بياناً والأشبه بأصل المذهب ما قاله الحناطي وموافقوه فلم يجزم الرافعي بأنه مخوف بل رجح أنه ليس بمخوف مطلقاً .

(٢) لم يذكر تعريفه . وقال ابن النفيس : سمي به باعتبار ما يتبعه ، فالفالج في اللغة المنصف والشاق أي الجاعل شيئاً ما نصفين وشقين . وهذا المرض يفعل ذلك لأنه يقسم البدن نصفين فنصف صحيح ونصف بخلافه وحقيقته بطلان الحس والحركة الإرادية ويشق من البدن أو كله سواء أعضاء الرأس ، فإن ذلك يسمى لقوة .

ومنها : الحمى الشديدة، وهي ضربان : مطبقة ، وغيرها .

فالمطبقة : هي اللازمة التي لا تبرح . فإن كانت حمى يوم أو يومين ، لم تكن مخوفة . وإن زادت ، فمخوفة . وفي وجه : الحمى من أول حدوثها مخوفة . والصحيح : الأول . وعلى هذا ، لو اتصل الموت بحمى يوم أو يومين ، نظر في عطيته ، إن كانت قبل أن يعرق ، فهي من الثلث ، وقد بانت مخوفة ، وإن كانت بعد العرق ، فمن رأس المال ، لأن أثرها زال بالعرق ، والموتُ بسبب آخر ، ذكره صاحبا « التهذيب » و « التتمة » .

الضرب الثاني : غير المطبقة . وهو أنواع . الورد ، وهي التي تأتي كل يوم ، والغب ، وهي التي تأتي يوماً وتقلع يوماً ، والثِّلث وهي التي تأتي يومين وتقلع يوماً . وحمى الأخوين ، وهي التي تأتي يومين وتقلع يومين . والرِّبع ، وهي التي تأتي يوماً وتقلع يومين[1] . فما سوى الربع والغب من هذه الأنواع ، مخوف . والربع على تجردها غير مخوفة[2] ، لأن المحموم يأخذ قوته في يوم الاقلاع . وفي الغب وجهان .

قلت : أصحهما : مخوفة ، وبه قطع الرافعي في « المحرر » . والله أعلم .

وأما الحمى اليسيرة ، فغير مخوفة بحال .

ومنها : الدق ، وهو داء يصيب القلب ، ولا تمتد معه الحياة غالباً ، وهو مخوف .

ومنها : قال الشافعي رضي الله عنه : من ساوره الدم حتى تغيَّر عقله ، أو المرار أو البلغم ، كان مخوفاً . وقال أيضاً : الطاعون مخوف حتى يذهب . وقوله : « ساوره » بالسين المهملة ، أي : واثبه وهاج به . والمرار : الصفراء ، فهيجان الصفراء والبلغم ، مخوف . وكذا هيجان الدم ، بأن يثور وينصبَّ إلى عضو ، كيدٍ ،

---

(١) وهذا أخذوه من إظماء الإبل . قال بعض الفضلاء ، وكان حقها أن يقال فيها حمى كما يقول الناس : حمى مثلثة . والجواب أنها أول أخذها للإنسان أن يأخذ أول يوم ويدعه يومين آخرين ثم يأخذه في اليوم الرابع فمن هنا سميت ربعاً لا ثلثاً .

(٢) أشار بقوله على تجردها إلى أن هذا ما لم يلزم الفراش . كذا نص عليه في البويطي في باب الطلاق في الربع .

ورجل ، فتحمَّر وتنتفخ ، وقد يذهب العضو إن لم يتدارك أمره في الحال وإن سلم الشخص ، وقوله : « حتى تغير عقله » ، ليس مذكوراً شرطاً ، بل هو مخوف وإن لم يتغير العقل ، نص عليه في « الأم » . والطاعون فسره بعضهم بما ذكرناه من انصباب الدم إلى عضو[١] . وقال أكثرهم : إنه هيجان الدم في جميع البدن ، وانتفاخه . قال المتولي : وهو قريب من الجذام ، من أصابه تأكَّلت أعضاؤه وتساقط لحمه .

ومنها : الجراحة ، إن كانت على مقتل ، أو نافذة إلى جوف ، أو في موضع كثير اللحم ، أو لها ضَرَبان شديد ، أو حصل معها تأكُّل ، أو ورم ، فهي مخوفة ، وإلا ، فلا . وقيل : الورم وحده لا يجعلها مخوفة ، بل يشترط معه التأكُّل .

ومنها : القيء إن كان معه دم أو بلغم أو غيرهما من الأخلاط ، فمخوف ، وإلا ، فلا إلا أن يدوم .

ومنها : البرسام ، وهو مخوف[٢] .

فرع : وأما الجرب ، ووجع الضرس والعين والصداع ، فغير مخوفة[٣] .

فرع : هذا الذي ذكرناه ، في الأمراض ، وقد تعرض أحوال تشبه الأمراض في اقتضاء الخوف ، وفيها صور .

إحداها : إذا التقى الفريقان والتحم القتال بينهما واختلطوا .

الثانية : إذا كان في سفينة فاشتدت الريح وهاجت الأمواج .

---

(١) قال في شرح مسلم : هو قروح تخرج من الجسد فتكون في المرافق والآباط أو الأيدي أو الأصابع وسائر البدن ويكون معه ورم وألم شديد ويخرج تلك القروح مع أهدب وكسور ما حواليه أو يخضر ويحمر حمرة بنفسجية كدرة يحصل معه خفقان القلب والقيء . انتهى . أما الأطباء فقالوا : الطاعون ورم قتال يحدث غالباً في أحد المواضع الثلاثة التي هي الإبط وحلقة الأذن والأرنبة وبالجملة في اللحوم الرخوة ويختص باللحم الغددي لأنه لا يقبله من الأعضاء إلا ما كان أضعفه وأسلمه الأحمر ثم الأصفر ثم الذي في السواد لا يفلت منه أحد .

قال ابن سينا في الطواعين : تكثر في الوباء وفي البلاد الموبئة وروى الطبراني أنه ﷺ سئل عن الطاعون فقال : « طعنكم عداكم من الجن » وفي الصحيح أنه كان عذاباً على من كان قبلنا وصار لنا رحمة وشهادة .

(٢) وهو بباء موحدة مكسورة في أوله ، ورم في حجاب القلب أو الكبد ، ويصعد أثره في الدماغ .

(٣) وقيد في الوسيط الجرب والصداع باليسير .

الثالثة : إذا وقع في أسر الكفار وعادتُهم قبل الأسارى .

الرابعة : قدِّم ليُقتل قصاصاً ولم يُجرح بعدُ ، فالحكاية عن نص الشافعي رحمه الله في الصور الثلاث : الأولى أن لها حكم المخوف . وعن نصه في «الإملاء» : في الرابعة : المنع[1] . وللأصحاب فيها طريقان . أصحهما : على قولين . أظهرهما : إلحاقها بالمخوف . والطريق الثاني : العمل بظاهر النصين . والفرق أن مستحق القصاص لا تبعد منه الرحمة والعفو طمعاً في الثواب أو المال . وعن صاحب « التقريب » : أنه إن كان هناك ما يغلب على الظن أنه يقتص من شدة حقد أو عداوة قديمة ، فمخوف ، وإلا ، فلا . ثم موضع الخلاف في صورة التحام القتال ، ما إذا كان الفريقان متكافئين ، أو قريبين من التكافؤ ، وإلا ، فلا خوف في حق الغالبين قطعاً ، ولا خوف أيضاً قطعاً فيما إذا التحم الحرب ولم يختلط الفريقان وإن كانا يتراميان بالنشاب والحراب ، ولا فيما إذا كان البحر ساكناً ، ولا في الأسير في أيدي الكفار الذين لا يقتلون الأسارى ، كالروم .

قلت : وسواء في مسألة القتال كان الفريقان مسلمين أو كفاراً ، أو فريقاً مسلمين وفريقاً كفاراً ، كذا صرح به القاضي أبو الطيب ، وغيره . والله أعلم .

الصورة الخامسة : إذا قُدِّم ليُقتل رجماً في الزنا ، أو ليُقتل في قطع الطريق ، فهو كالتحام القتال . فعلى طريق : يقطع بأنه مخوف . وعلى طريق : قولان . وقيل : إن ثبت الزنا بالبينة ، فمخوف ، بخلاف الإقرار ، لاحتمال الرجوع .

---

(١) فيه أمور ·

أحدها : أن الشافعي قد نص أيضاً في الأولى على المنع أيضاً فلا حاجة لحكايته بالتخريج .

الثاني : ينبغي أن يكون ذكر الكفار في الثالثة خبري على الغالب لا قيد حتى لو اعتاد البغاة قتل أسيرهم أن يكون الحكم كذلك وكذلك لا يتقيد بأسيرنا فلو أسرت اليهود أو النصارى أو بالعكس كان الحكم كذلك والمعنى شامل لذلك كله .

الثالث : قضية إطلاقه في الثانية أنه لا فرق بين من يحسن السباحة أو لا ولا بين الراكب في البحر أو الأنهار العظيمة كالنيل والفرات وفي الأول نظر لا سيما الماهر بهما القريب من الساحل .

الرابع : قوله « **قدم ليقتل قصاصاً** » قال في المهمات : توهم أنه قيل ذلك غير مخوف وليس كذلك فقد قال في الوديعة : فإذا مرض المودع عنده مرضاً مخوفاً أو حبس للقتل لزمه أن يوصي بالوديعة . قال ، فجعل الحبس كالمرض المخوف وحينئذ فقوله ولم يجرح بعد يحتمل أن يكون بالحاء المعجمة قبل الراء وهو الظاهر وأن يكون بالجيم انتهى .

السادسة : إذا وقع الطاعون في البلد ، وفشا الوباء ، فهل من مخوف في حق من لم يُصِبْه ؟ وجهان . أصحهما : مخوف .

السابعة : الحامل قبل أن يحضرها الطلق ، ليس في حال خوف . وإن ضربها الطلق ، فقولان[١] . أظهرهما : مخوف . وإذا وضعت ، فالخوف باقٍ إلى انفصال المشيمة ، فإذا انفصلت ، زال الخوف ، إلا إذا حصل من الولادة جراحة ، أو ضَرَبان شديد ، أو ورم . وإلقاء العلقة والمضغة ، لا خوف فيه ، قاله الشيخ أبو حامد ، وابن الصباغ ، وقال المتولي : هو كالولادة .

قلت : الأصح أو الصحيح : أنه لا خوف فيهما ، كذا نقله القاضي أبو الطيب في تعليقه عن الأصحاب[٢] . قالوا : لأنه أسهل خروجاً من الولد . والله أعلم .

وموت الولد في الجوف يوجب الخوف .

الأمر الثاني : إذا أشكل مرض فلم يدر أمخوف هو ، أم لا ؟ فالرجوع فيه إلى أهل الخبرة ، والعلم بطب . ويشترط في المرجوع إليه : الإسلام ، والبلوغ ، والعدالة ، والحرية ، والعدد ، وقد ذكرنا وجهاً في جواز العدول من الوضوء إلى التيمم بقول المراهق والفاسق ، ووجهاً : أنه لا يشترط العدد ؛ وعن أبي سليمان الخطابي وجه لم نذكره هناك : أنه يجوز العدول بقول طبيب كافر ، كما يجوز شرب الدواء من يده ولا يدري أنه دواء أم داء ؛ ولا يبعد أن تطرد هذه الأوجه هنا . وقد قال الإمام هنا : الذي أراه أن لا يلحق بالشهادات من كل وجه ، بل يلحق بالتقويم وتعديل الأنصباء في القسمة حتى يختلف الرأي في اشتراط العدد .

قلت : المذهب : الجزم باشتراط العدد وغيره مما ذكرنا أولاً ، لأنه يتعلق بهذا حقوق الآدميين من الورثة والموصى لهم ، فاشترط شروط الشهادة كغيرها من الشهادات ، بخلاف التيمم ، فإنه حق لله تعالى مبني على المسامحة ، مع أنه ينتقل إلى بدل ، وليس كالتقويم الذي هو تخمين في محسوس يمكن تدارك الخطإ ، إن

---

(١) وكلام الشافعي في الأم يقتضي جريان القولين أيضاً .

(٢) المنقول عن التتمة إنما هو في المضغة لا في العلقة ، وهو في الرافعي كما هو في التتمة .

وقع فيه[١] . والله أعلم .

فرع : إذا اختلف الوارث والمتبرَّع عليه في كون المرض مخوفاً بعد موت المتبرِّع ، فالقول قول المتبرَّع عليه ، لأن الأصل عدم الخوف . وعلى الوارث البينة ، ولا تثبت دعواه إلا بشهادة رجلين ، لأنها شهادة على غير المال وإن كان المقصود المال . لكن لو كانت العلة بامرأة على وجه لا يطلع عليه الرجال غالباً ، قبلت شهادة رجلين ، ورجل وامرأتين ، وأربع نسوة . ويعتبر في الشاهدين العلم بالطب ، قاله البغوي .

الأمر الثالث : إذا وجدنا المرض مخوفاً ، حجرنا عليه في التبرع فيما زاد على الثلث ، ولم ننفذه . لكنه لو فعل ، ثم برأ من مرضه ، تبين صحة تبرعه وأن ذلك المرض لم يكن مخوفاً . ومن هذا القبيل ما إذا التحم القتال ، وحكمنا بأنه مخوف ، ثم انقضت الحرب وسَلِم .

وأما إذا رأينا المرض غير مخوف ، فاتصل به الموت ، فينظر ، إن كان بحيث لا يحال عليه الموت ، كوجع الضرس ونحوه ، فالتبرع نافذ ، والموت محمول على الفجأة . وإن كان غيره ، كإسهال يوم أو يومين ، تبيَّنَّا باتصال الموت به كونه مخوفاً ، وكذلك حمى يوم أو يومين ، قاله في « الوسيط » ، وقد سبق الفرق بين أن يعرق أو لا يعرق في هذه الصورة .

فرع : قال الإمام : لا يشترط في المرض المخوف ، كون الموت منه غالباً ، بل يكفي أن لا يكون نادراً ، بدليل البرسام . ولو قال أهل الخبرة : هذا المرض لا يخاف منه الموت ، لكنه سبب ظاهر في أن يتولد منه المرض المخوف ، فالأول مخوف أيضاً . وهذا يُشْكِل بالحمل قبل أن يأخذها الطلق . فإن قالوا : يفضي إلى المخوف نادراً ، فالأول ليس بمخوف .

---

(١) قال في المطلب : الفرق بين مسألتنا وباب التيمم أن ذلك لا يتوقف الأمر فيه على الرفع إلى الحاكم فكان بمنزلة الأخبار وأخبار الصبي مقبولة على رأي فكذا خبر الفاسق يجب العمل به إذا وقع في نفس المخبر صدقه في حق نفسه وقد تقول بمثل ذلك في خبر الكافر ولا كذلك فيما نحن فيه لأنه لا يتعلق بسماع الحاكم لا يقبل قول صبي ولا فاسق ولا كافر كيف وفيه تفرد حكمه على الغير ومما يوضح ذلك كله أن قول العدد الواحد في باب التيمم كاف بل ظن المتيمم يكفي فيه ولا كذلك فيما نحن فيه .

قلت : وإذا كان المرض مخوفاً ، فتبرع ، ثم قتله إنسان ، أو سقط من سطح فمات ، أو غرق ، حسب تبرعه من الثلث ، كما لو مات بذلك المرض ذكره البغوي . والله أعلم .

الفصل الثاني : في بيان التبرع المحسوب من الثلث ، وهو إزالة الملك عن مال مجاناً ، كالهبة ، والوقف ، والصدقة ، وغيرها .

قلت : ينبغي أن يضم إليه ما يتناول التبرع بالكلب وسائر النجاسات ، وبالمنفعة التي تصح الوصية بها ، فيقال : إزالة الاختصاص عن مال ونحوه . والله أعلم .

وفيما يدخل في الضابط ويخرج ، مسائل .

إحداها : ما يستحق عليه من ديون الله تعالى ، كالزكاة ، وحجة الإسلام ، وديون الآدميين ، تخرج بعد موته ، وتكون من رأس المال أوصى بها أو لم يوص . وقيل : إذا أوصى بها ، حسبت من الثلث ، وهو ضعيف ، وهذا الذي نوجبه ، من رأس المال بلا خلاف إذا لم يوص هو فيما وجب بأصل الشرع ، كالزكاة ، وحجة الإسلام . وأما الكفارات ، والنذور ، ففيها خلاف سيأتي في الباب الثاني إن شاء الله تعالى .

فرع : لو قضى في مرضه ديون بعض الغرماء ، لم يزاحمه غيره إن وفى المال بجميع الديون ، وكذا إذا لم يف على الصحيح المعروف .

الثانية(١) : البيع بثمن المثل نافذ من رأس المال ، سواء باع للوارث ، أم لغريمه ، أم لغيرها . وإن باع بمحاباة ، فإن كانت يسيرة يتسامح بمثلها ، كان كالبيع بثمن المثل ، وإن كانت أكثر من ذلك ، فإن كانت لوارث ، فهي وصية لوارث ، وإلا ، فمعتبرة من الثلث . فإن لم تخرج من الثلث ، فإن أجاز الوارث ، نفذ البيع في الكل ، وإلا ، بطل فيما لا يخرج ، وفيما يخرج ، طريقان سبقا . وإذا لم تبطل ، ففي كيفية صحة البيع قولان . وقد سبق كل هذا في « باب تفريق

(١) في ط المسألة الثانية .

الصفقة»[١]. ثم المحاباة المعتبرة من الثلث، ما تزيد على ما يتغابن بمثله، ذكره الحناطي، وأبو منصور. هذا كله إذا باع بثمن حالٍّ، فإن باع بمؤجل، ولم يحل حتى مات، اعتبر من الثلث، سواء باع بثمن المثل أو أقل أو أكثر، لما فيه من تفويت اليد على الورثة. وتفويت اليد ملحق بتفويت المال. ألا ترى أن الغاصب يضمن بالحيلولة كما يضمن بتفويت المال، فليس له تفويت اليد عليهم، كما ليس له تفويت المال. فإن لم يخرج من الثلث، ورد الوارث ما زاد، فالمشتري بالخيار بين فسخ البيع والإجازة في الثلث بثلث الثمن. فإن أجاز، فهل يزيد ما صح فيه البيع إذا أدى الثلث؟ فيه وجهان حكاهما في «التهذيب». أصحهما: لا، لانقطاع البيع بالرد. والثاني: نعم، لأن ما يحصل للورثة ينبغي أن نصحح الوصية في مثل نصفه. فعلى هذا يصحح البيع في قدر نصف المؤدى، وهو السدس، بسدس الثمن. فإذا أدى ذلك السدس، زِيد بقدر نصف النصف، وهكذا إلى أن يحصل الاستيعاب.

الثالثة[٢]: نكاح المريض صحيح. فإن نكح بمهر المثل أو أقل، فهو من رأس المال، كما لو اشترى شيئاً بثمن مثله، وإن كان بأكثر من مهر المثل، استحقت مهر المثل، والزيادة تبرع على الوارث. وقد سبق حكمه. فإن لم تكن وارثة، كالذمية، والمكاتبة، فالزيادة محسوبة من الثلث. فإن خرجت منه، نفذ التبرع بها.

ولو ماتت الزوجة قبله، فإن كانت الزيادة تخرج من الثلث، سلِّمت لها، لأنه لا يلزم الجمع بين التبرع والميراث. وإن لم تخرج، دارت المسألة، ونذكرها في «باب الدور» إن شاء الله تعالى.

فرع: لو نكحت المريضة بأقل من مهر المثل، فالنقصان تبرع على الوارث، فللورثة ردّه وتكميل مهر المثل. فإن لم يكن وارثاً، بأن كان عبداً، أو مسلماً وهي ذمية، لم يكمل مهر المثل، ولم يعتبر هذا النقص من الثلث. وإنما جعل ذلك وصية في حق الوارث، ولم يجعل وصية في الاعتبار من الثلث، لأن

---

(١) ذكره الحناطي والأستاذ أبو منصور هو المنصوص للشافعي.

(٢) في ط المسألة الثالثة.

المريض إنما يمنع من تفويت ما عنده ، وهذا ليس بتفويت ، إنما هو امتناع من الكسب . وأيضاً فإن المنع فيما يتوهم بقاؤه للوارث وانتفاعه به ، والبضع ليس كذلك . هذا هو الصحيح الذي قطع به الجمهور .

وفي « التتمة » : أنه يعتبر من الثلث ، وفُرِّق بينه وبين ما إذا أجَّر نفسه بأقل من أجرة المثل ـ فإنه لا يعتبر من الثلث مع أن كل واحد منهما لا يبقى للورثة ـ بفريقين . أحدهما : أن النكاح بغير ذِكْرِ مهر يقتضي مهر المثل . فإذا تزوجت بدونه ، فكأنها أسقطته بعد وجوبه ، فصار كالإبراء . والثاني : أن المحاباة في المهر فيها نوع عارٍ على الورثة ، فأثبت لهم ولاية رفعها ، بخلاف الإجارة .

قلت : هذان الفرقان ضعيفان جداً . وكذا الحكم الذي ادَّعاه وشذ به . والله أعلم .

الرابعة[١] : إجارة الدواب والعبيد وسائر الأموال بما دون أجرة المثل ، معتبرة من الثلث . وكذلك إعارتها . حتى لو انقضت مدة الإجارة أو الإعارة في مرضه ، واسترد العين ، اعتبر قدر المحاباة في مسألة الإجارة وجميع الأجرة في الإعارة من الثلث . ولو أجر نفسه بمحاباة ، أو عمل لغيره متبرعاً ، لم يحسب من الثلث على الأصح .

الخامسة[٢] : كاتَب في مرضه عبداً ، أو أوصى بكتابته ، تعتبر قيمته من الثلث ، سواء كاتبه بقيمته ، أو أقل ، أو أكثر . ولو كاتب في الصحة ، واستوفى النجوم في مرضه ، لم تعتبر قيمته من الثلث . ولو أعتقه في مرضه ، أو أبرأه من النجوم ، اعتبر من الثلث أقل الأمرين من قيمته أو النجوم .

السادسة[٣] : الاستيلاد في المرض لا يعتبر من الثلث ، كما يستهلكه من الأطعمة اللذيذة ، والثياب النفيسة ، ويقبل إقرار المريض بالاستيلاد ، لقدرته على إنشائه ، ولا تعتبر قيمتها من الثلث .

---

(١) في ط المسألة الرابعة .
(٢) في ط المسألة الخامسة .
(٣) في ط المسألة السادسة .

السابعة[١] : قال لعبده : أنت حرٌّ قبل مرض موتي بيوم أو شهر ، ثم مرض ومات ، لم يعتبر من الثلث . وإن قال : قبل موتي بشهر ، فإن نقص مرضه عن شهر ، فكذلك الجواب ، وإلا ، فهو كما لو علق عتق عبده في الصحة ووجدت الصفة في المرض ، وفيه قولان .

فرع : باع بمحاباة ، بشرط الخيار ، ثم مرض وأجاز في مدة الخيار . إن قلنا : الملك في زمن الخيار للبائع ، فقدر المحاباة من الثلث ، وإلا ، فلا[٢] ، لأنه ليس بتفويت ، بل امتناع من كسب ، فصار كما لو أفلس المشتري والمبيع قائم عنده ومرض البائع فلم يفسخ ، وكما لو أمكنه فسخ النكاح بعيبها فترك حتى مات واستقر المهر ، فإنه لا يحسب من الثلث . وكذا لو اشترى بمحاباة ، ثم مرض ووجد بالمبيع عيباً ، ولم يردّ مع الامكان ، لا يعتبر قدر المحاباة من الثلث[٣] . ولو وجد العيب ، وتعذر الرد بسبب ، فأعرض عن الأرش ، اعتبر قدر الأرش من الثلث . وقدر المحاباة في الإقالة يعتبر من الثلث ، وخلع المريض لا يعتبر من الثلث ، لأن له أن يطلِّق مجاناً ، وخلع المريضة مذكور في « كتاب الخلع » .

الفصل الثالث : في كيفية الاحتساب من الثلث . إذا وُجد تبرعان ، وأكثر ، وضاق الثلث عنها ، فهي إما منجَّزة ، وإما معلقة بالموت ، وإما من النوعين .

---

(١) في ط المسألة السابعة .

(٢) أي وإن قلنا الملك للمشتري أو موقوف لم يعتبر من الثلث وعما إذا ترك الأمرين حتى انقضى الخيار وقد يظن التحاقه بالإجارة والأشبه خلافه بدليل قوله بعده وكذا لو اشترى بمحاباة ثم مرض ووجد بالمبيع عيباً ولم يرد مع الإمكان لا يعتبر قدر المحاباة من الثلث فجعل العرض عن الاستدراك بمنزلة من يترك شيئاً ،

قال ابن الرفعة : والخلاف في تقديم العتق عند اجتماعه مع الهبة يظهر فيما إذا قلنا الملك يحصل بالموت أما إذا قلنا لا يحصل إلا بالقبول فإن قلنا بتقديم العتق فلا إشكال . وإن قلنا بمساواته ففي هذه الحالة يظهر أن يكون في تقديمه وجهان بناء على ما لو أوصى بعتق عبد ودبر آخر وضاق الثلث هل يستوي نظراً لاستحقاق العتق أو تقدم التدبير لوقوعه بالموت وتأخر الإعتاق وفيه وجهان .

(٣) أي لجريان العقد في الصحة وسكت عن قدر البعض واقتضى كلامه فيما سيأتي اعتبار فإنه قال في المسائل الدوريات الثالث اشترى المريض عبداً بعشرة وترك بسواه عشرين وأوصى لرجل بعشرة ثم وجد بالعبد عيباً فنقصه خمسة فاختار إمساكه جاز وكأنه حاباه بخمسة فالمحاباة مقدمة على الوصية للموصى له باقي الثلث وهو خمسة انتهى . وبذلك صرح الإمام في باب التفليس .

القسم الأول : المنجَّزة ، كالإعتاق ، والإبراء ، والوقف ، والصدقة ، والهبة المقبوضة والمحاباة في العقود ، فإن ترتبت ، قدِّم الأول فالأول إلى استغراق الثلث . فإذا تم الثلث ، وقف أمر الزائد على إجازة الوارث على ما سبق . وسواء كان المتقدم والمتأخر جنساً أو جنسين ، وسواء تقدم العتق على المحاباة ونحوها أو تقدمت عليه ، لأن الأول لازم لا يفتقر إلى رضى الورثة ، فكان أقوى . وإن وجدت دفعة واحدة ، واتحد الجنس ، مثل أن قال لعبيد : أعتقتكم ، أو أبرأ جماعة من ديونه ، أو وهب لهم ، لم يقدم البعض على البعض . لكن في غير العتق يقسط الثلث على الجميع باعتبار القيمة ، كما يقتضيه الحال من التساوي أو التفاضل . وفي العتق ، يقرع بين العبيد ، ولا توزع الحرية . وإن اختلف الجنس ، بأن وكل في كل تبرع وكيلاً ، فتصرفوا دفعة واحدة ، فإن لم يكن فيها عتق ، قسط الثلث على الجميع باعتبار القيمة ، وإن كان ، فهل يقسط ، أم يقدم العتق ؟ قولان كما سنذكره في التبرعات المعلقة بالموت إن شاء الله تعالى .

القسم الثاني : التبرعات المعلقة بالموت ، كالوصايا ، وتعليق العتق ، فلا يقدم عتق على عتق ، ولا تبرع غير العتق على غيره وإن تقدم بعضها على بعض في الإيصاء ، بل في العتق يقرع ، وفي غيره يقسط الثلث على الجميع باعتبار القيمة . وفي العتق هنا وجه : أنه يقسط ، وتخص القرعة بالمنجَّز ، لورود الحديث الصحيح فيه[1] والصحيح : الأول . ثم هذا عند إطلاق الوصية . أما إذا قال : اعتقوا سالماً بعد موتي ، ثم غانماً ، أو ادفعوا إلى زيد مائة ، ثم إلى عمرو مائة ، فيقدم ما قدمه قطعاً . وإذا اجتمع في هذا القسم عتق وغيره ، فهل يقدم العتق لقوته ، أم يسوى فيه ؟ قولان . أظهرهما : التسوية . هذا في وصايا التمليك مع العتق . أما إذا أوصى للفقراء بشيء ، وبعتق عبد ، فقال البغوي : هما سواء ، لاشتراكهما في القربة . وقطع الشيخ أبو علي بطرد القولين ، لوجود القوة والسراية .

قلت : الثاني أصح . والله أعلم .

---

(١) المروي من طريق عمران بن حصين رضي الله عنه أن رجلاً أعتق ستة مملوكين له عند موته لم يكن له مال غيرهم فدعا بهم رسول الله ﷺ فجزأهم أثلاثاً ثم أقرع بينهم فأعتق اثنين وأرق أربعة وقال له قولاً شديداً . (أخرجه مسلم ١٢٨٨/٣ في كتاب الايمان باب ٢ من أعتق مشركاً له حديث ١٦٨٨/٥٦) .

وإذا سوَّينا ، فما خص العبيد إذا ضاق عنهم ، يقرع . والكتابة مع الهبة وسائر الوصايا ، كالعتق ، فتكون على القولين . وقيل : يسوى هنا قطعاً ، إذ ليس لها قوة وسراية .

القسم الثالث : إذا صدرت منه تبرعات منجزة ، ومعلقة بالموت ، قدمت المنجزة ، لأنها تفيد الملك ناجزاً ، ولأنها لازمة . ولا يملك المريض الرجوع فيها .

فرع : علق عتق عبد بالموت ، وأوصى بعتق آخر ، فلا يقدم أحدهما على الآخر ، لأن وقت استحقاقهما واحد ، وقد اشتركا في القوة . وفي وجه : المدبر أولى بالعتق ، لأنه سبق عتقه ، فإن الآخر يحتاج إلى إنشاء عتقه ، والصحيح الأول .

فرع : لا يؤثر تقدم الهبة وحدها بلا قبض ، لأن ملكها بالقبض ، حتى لو وهب المريض ثم أعتق ، أو حابى في بيع ثم قبض الموهوب ، قدم العتق والمحاباة ، ولا تفتقر المحاباة في بيع ونحوه إلى قبض ، لأنها في ضمن معاوضة .

فرع : قال في مرضه : سالم حرٌّ ، وغانم حر ، وخالد حر ، فهذا من صور ترتيب التبرعات المنجَّزة . ولو قال : سالم وغانم وخالد أحرار ، فهو من صور وقوعها دفعة واحدة .

ولو علق عتقهم بالموت ، أقرع بينهم ، سواء قال : إذا مت ، فسالم حر ، وغانم حر ، وخالد حر ، أو قال : فهم أحرار .

ولو قال : إذا مت فسالم حر ، وإن مت من مرضي هذا ، فغانم حر ، فإن مات من ذلك المرض ولم يف الثلث بهما ، أُقرع بينهما . وإن برأ ، ومات بعده ، بطل التدبير المقيد ، ويعتق سالم .

فرع : قال : إن أعتقت غانماً ، فسالم حر ، ثم أعتق غانماً في مرض موته ، فإن خرجا من الثلث عتقا ، وإن لم يخرج إلا أحدهما ، فقيل : يقرع ، كما لو قال : أعتقتكما . والصحيح : أنه لا قرعة ، بل يتعين غانم للعتق ، لأنا لو أقرعنا ، ربما خرجت على سالم ، فيلزم إرقاق غانم . فإن خرجا من الثلث ، عتقا ، وإن لم يخرج إلا أحدهما ، فقيل : يقرع ، كما لو قال : أعتقتكما .

والصحيح : أنه لا قرعة ، بل يتعين غانم للعتق ، لأنا لو أقرعنا ، ربما خرجت

على سالم ، فيلزم إرقاق غانم . وإذا رق ، لم يحصل شرط عتق سالم . ولو قال : إن أعتقت غانماً ، فسالم حر في حال إعتاقي غانماً ، ثم أعتق غانماً في مرضه ، فكذلك الجواب بلا فرق . وعلى هذا ، لو قال : إن أعتقت غانماً ، فسالم وغانم حرَّان ، ثم أعتق غانماً ، والثلث لا يفي إلا بأحدهم ، عتق غانم ، ولا قرعة . وإن فضل من الثلث شيء ، أقرع بين الآخرين . فمن خرجت له قرعة الحرية ، عتق كله إن خرج كله ، وبعضه إن لم يخرج إلا بعضه . وإن كان يخرج أحد الآخرين ، وبعض الثالث ، عتق من خرجت قرعته ، وعتق من الآخر بعضه .

فرع : قال لعبده : إن تزوجت ، فأنت حر . ثم تزوج في مرض الموت ، فقد ذكرنا أن مهر المثل محسوب من رأس المال ، والزيادة من الثلث . وإن اقتضى الحال تنفيذ الزيادة ، نظر ، إن خرجت الزيادة وقيمة العبد من الثلث نفذ ، وإلا ، فيقدم المهر ، كذا ذكروه توجيهاً بأن المهر أسبق ، فإنه يجب بالنكاح ، والعتق يترتب عليه . لكن مقتضى قولنا : إن المرتب والمرتب عليه يقعان معاً ولا يتلاحقان من حيث الزمان ، أن لا يقدم أحدهما على الآخر ، بل يوزع الثلث على الزيادة وقيمة العبد . وقد صرحوا بأنه لو قال : إن تزوجت ، فأنت حر في حال تزوجي : أنه يوزع الثلث كذلك ، لأنه لا ترتب .

والفرق بين هذا وبين مسألة العبدين ـ حيث لا يوزع هناك ، كما لا يقرع ـ أن العتق هنا معلق بالنكاح ، والتوزيع لا يرفع النكاح ، ولا يقدح فيه ، وهناك عتق سالم معلق بعتق غانم كاملاً . وإذا وزعنا ، فلا يكمل عتق غانم ، ولا يمكن إعتاق شيء من سالم .

فرع : قال لأمته الحامل : إن أعتقت نصف حملك ، فأنت حرة ، ثم أعتق نصف حملها في مرض موته ، فمقتضى عتق نصف الحمل سرايته إلى باقيه وعتق الأم بالتعليق . فإن خرجا من الثلث ، عتقا ، وإن لم يخرج من النصف إلا الأم ، أو النصف الآخر ، بأن كان ماله ثلاثمائة ، والأم منها خمسون ، والولد مائة ، فيقرع بين الأم والنصف الآخر . وإن خرجت على النصف الآخر ، عتق جميع الحمل ، ورقت الأم ، وإن خرج على الأم ، لم يعتق كلها ، لأن الحمل في حكم جزءٍ منها ، يتبع عتقه عتقها ، فتوزع قيمة الثلث وهي خمسون على الأم ، والنصف الباقي بالسوية ،

فيعتق من الأم نصفها ، ومن النصف الباقي نصفه ، فيكون ثلاثة أرباعه حرّاً .

ولو كانت الصورة كما ذكرنا ، إلا أن قيمة الأم مائة ، وخرجت القرعة على الأم ، وزعت الخمسون عليها وعلى النصف الآخر الباقي أثلاثاً ، فيعتق منها ثلثها ، وهو ثلثا الخمسين ، ومن النصف الباقي ثلثه وهو ثلث الخمسين ، وسدس جملته ، فيكون الحر من الأم الثلث ، ومن الولد الثلثين .

فرع : أوصى بعبد أو ثوب يخرج من ثلث ماله ، وباقي ماله غائب ، لا يدفع كله إلى الموصى له ، ولا يسلط على التصرف فيه ما لم يحضر من المال الغائب ما يخرج الموصى به من ثلثه ، لأن ما يحصل للموصى له ينبغي أن يجعل للوارث مثلاه ، وربما تلف الغائب . وهل يتسلط على التصرف في ثلثه ؟ وجهان . أصحهما : المنع ، لأن تسليطه يتوقف على تسليط الورثة على مثلي ما تسلط عليه . ولا يمكن تسليطهم ، لاحتمال سلامة الغائب . فيخلص جميع الموصى به للموصى له . فلو تصرفوا في ثلثي الحاضر ، قال أبو الفرج السرخسي : إن بان هلاك الغائب ، تبيّنا نفوذ تصرفهم ، ولك أن تقول : ينبغي تخريجه على وقف العقود .

قلت : بل ينبغي تخريجه على القولين فيمن باع مال أبيه ظانّاً حياته فبان ميتاً . والله أعلم .

قال السرخسي : وإن سلم وعاد إليهم ، تبيّنا بطلان التصرف على الصحيح . وقيل : يمضي على الصحة ، ويغرم للموصى له الثلثين ، وهو ضعيف . ولو أعتق عبداً هو ثلث ماله ، أو دبَّره ، وباقي ماله غائب ، ففي نفوذ العتق والتدبير في ثلثه الخلاف المذكور في الوصية . كذا ذكروه ، وقد يُستبعد التردد في العتق في الثلث ، فإنه حر على كل تقدير . بل الوجه : الجزم بحصول الملك في الثلث ، وفي الوصية أيضاً . وردّ الخلاف إلى أنه هل ينفذ تصرفه فيه ، أم يمنع من التصرف إلى أن يتسلط الوارث على مثليه ؟ .

الركن الرابع : الصيغة ، فنتكلم في طرف الإيجاب ، ثم طرف القبول . أما الإيجاب ، فلا بد منه ، بأن يقول : أوصيت له بكذا ، أو أعطوه ، أو ادفعوا إليه بعد موتي كذا ، أو هو له ، أو جعلته له بعد موتي ، أو ملَّكته ، أو وهبته له بعد موتي . أما إذا اقتصر على قوله : وهبته له ، ونوى الوصية ، فالأصح أنه لا يكون وصية ، لأنه

أمكن تنفيذه في موضوعه الصريح ، وهو التمليك الناجز . ولو قال : هذا له ، فهو إقرار يؤاخذ به ، ولا يجعل كناية عن الوصية ، إلا أن يقول : هو له من مالي ، أو يقول : عبدي هذا لفلان ، فيصح كناية عن الوصية ، لأنه لا يصلح إقراراً[١] . ولو قال : عيَّنته له ، فهذا كناية ، لأنه يحتمل التعيين للتمليك بالوصية ، والتعيين للإعارة ، وتصح الوصية بالكتابة مع النية بلا خلاف ، لِما سبق في « كتاب البيع » : أن ما يقبل مقصوده التعليق بالإغرار ، كالكتابة ، والخلع ، ينعقد بالكتابة مع النية ، والوصية تقبل التعليق بالإغرار[٢]، فأولى أن تنعقد بالكتابة. ولو كتب: إني أوصيت لفلان بكذا ، قال المتولي : لا ينعقد إذا كان الشخص ناطقاً ، كما لو قيل له : أوصيتَ لفلان بكذا ؟ فأشار : أن نعم[٣] . ولو وجد له كتاب وصية بعد موته ، ولم تقم بيِّنة على مضمونه ، أو كان قد أشهد جماعة أن الكتاب خطي ، وما فيه وصيتي ، ولم يطلعهم على ما فيه ، فقال جمهور الأصحاب : لا تنفذ الوصية بذلك ، ولا يعمل بما فيه حتى يشهد الشهود به مفصلاً .

ونقل الإمام ، والمتولي : أن محمد بن نصر المروزي من أصحابنا قال : يكفي الاشهاد عليه مبهماً .

وروى أبو الحسن العبادي أنه قال : يكفي الكتاب من غير إشهاد ، واحتج بقول النبي ﷺ : « إلاّ ووصيته مكتوبة عنده »[٤] أشعر ذلك باعتبار الكتابة .

---

(١) قال في الخادم : ما جزم به من كونه كناية ذكره الرافعي أيضاً ، لكن كلامه في المنهاج مصرح بأنه تصريح فإنه عده مع الصرائح وذكر حكم الكناية بعده والعجب أن كلام المحرر يقتضي أنه كناية أيضاً ، وقد احتج بعض المتأخرين إلى الصراحة على وفق ما في المنهاج .
قال : ونص الشافعي في مسألتين يقتضي أنه صريح والظاهر أن الحامل للرافعي على ذلك قول الوجيز فهو إقرار إلا أن يقول من مالي ، وفي الوسيط لو قال هذا لفلان ثم قال : أردت الوصية فيقبل قوله أنه أراد الوصية إلى آخر ما ذكره .

(٢) ما ذكره من الخلاف ذكره الرافعي . قال : وكلام الإمام والغزالي يشعر بانعقادها جزماً وأنه لا يجيء فيه الخلاف المذكور .

(٣) قضيته الجزم بما قاله في التتمة وهو مخالف لجزمه في المنهاج بأن الكتابة كناية على أن الرافعي بعد ذلك أبدى انعقادها بالكتابة بحثاً قال : لأنها بمثابة الألفاظ سبق في البيع ذكر الخلاف في انعقاد البيع ونحوه بها ، فإذا كتب وقال نويت الوصية لفلان أو اعترف ورثته به بعد موته وجب أن يصح قال الأذرعي : بل هل البحث هو الوجه إذا اعترف بنية الوصية أو صدقت الورثة على ذلك .

(٤) سبق تخريجه .

واعلم أن انعقاد الوصية بالكتابة ليس ببعيد وإن استبعدوه ، لأن الكتابة كنايات الألفاظ . وقد سبق في البيع ذِكْر الخلاف في انعقاد البيع ونحوه بالكنايات . وذكرنا الآن أن الوصية أشد قبولاً للكنايات . فإذا كتب ، وقال : نويت الوصية لفلان ، أو اعترف ورثته به بعد موته ، وجب أن يصح .

فرع : لو اعتقل لسانه ، صحت وصيته بالإشارة والكتابة .

فصل : وأما القبول ، فإن كانت الوصية لغير معيَّن ، كالفقراء ، لزمت بالموت ، ولم يشترط فيها القبول . وإن كانت لمعين ، فالمذهب اشتراط القبول ، ولا يصح قبول ولا رد في حياة الموصي ، فله الرد وإن قَبِل في الحياة ، وبالعكس ، لأنه لا حقَّ له قبل الموت ، فأشبه إسقاط الشفعة قبل البيع ، ولا يشترط الفور في القبول بعد الموت .

قلت : هذا هو الصحيح الذي قطع به الجمهور . وفيه وجه : يشترط الفور . حكاه صاحب « المستظهري » وليس بشيء . والله أعلم .

فإن رد بعد الموت ، فله أحوال .

أحدها : أن يقع قبل القبول ، فترتد الوصية ، ويستقر الملك للورثة[1] في الموصى به . ولو أوصى بالعين لواحد ، وبالمنفعة لآخر ، فرد الموصى له بالمنفعة ، فهل هي للورثة ، أم للموصى له بالعين ؟ وجهان . أصحهما : الأول . ولو أوصى بخدمة عبد لرجل سنة ، وقال : هو حر بعد سنة ، فرد الموصى له ، لم يعتق قبل السنة .

الثاني : أن يقع بعد القبول ، وقَبِل الموصى له ، فلا يصح رده ، فإن راضى الورثة ، فهو ابتداء تمليك منه لهم .

الثالث : أن يقع بعد القبول ، وقبل القبض ، فلا يصح الرد على الأصح . ولو قال : رددت الوصية لفلان ، يعني أحد الورثة ، قال في « الأم » إن قال : أردت لرضاه ، كان ردّاً على جميع الورثة . وإن قال : أردت تخصيصه بالرد عليه ، فهو هبة

---

(١) ذكر القاضي أبو الطيب والبندنيجي وغيرهما أنه يدخل ملك الوارث من حين الرد فتفطن له . فإن عبارة الرافعي توهم خلافه .

له خاصة . قال الأصحاب : هذا تفريع على تصحيح الرد بعد القبول ، وإلا ، فما لا يملكه لا يمكنه أن يملّكه غيره . ثم لم يعتبر لفظ الهبة والتمليك . وقال القاضي أبو الطيب : لا بد منه ، وهو القياس . ولو مات ولم يبين ما أراده ، جعل ردّاً على جميع الورثة[1] .

فرع : إذا لم يقبل الموصى له ، ولم يردّ ، فللوارث مطالبته بأحد الأمرين . فإن امتنع ، حكم عليه بالردّ .

فرع : لو مات الموصى له قبل موت الموصي ، بطلت الوصية . وإن مات بعد موته ، قام وارثه مقامه في القبول والرد .

فصل : متى يملك الموصى له الموصى به ؟ فيه ثلاثة أقوال . أحدها : بالموت . والثاني : بالقبول . وعلى هذا ، هل الملك قبل القبول للوارث ، أم للميت ؟ وجهان . أصحهما : الأول . والثالث ـ وهو الأظهر ـ : أنه موقوف . فإن قبل ، تبيّنا أنه ملك بالموت ، وإلا ، بان أنه كان للوارث . ولو أوصى بإعتاق عبد معين بعد موته ، فالملك في العبد إلى أن يعتق للوارث بلا خلاف ، لأنه ليس تمليكاً . ويتفرع على الأقوال مسائل .

إحداها : كسب العبد ، وثمرة الشجرة ، وسائر زوائد الموصى به ، إن حصلت [بعد موته][2] وقبل موت الموصي ، فهي له ، ولا تتناولها الوصية ، وإن

---

(١) فيه أمور :

أحدها : قضية أن الشافعي أطلق النص والحمل للأصحاب وهو في ذلك متابع لصاحب الشامل وليس كذلك فقد قال الشافعي في الأم في باب الوصية للرجل وقبوله ورده بعدما سبق ما نصه ولو قبلها ثم قال : قد تركتها لفلان من بين الورثة أو كان له على الميت دين فقال : قد تركته لفلان من بين الورثة قبل قوله تركته لفلان يحمل معنيين أظهرهما تركته تشفعاً لفلان أو تقرباً إليه . فإن كنت أردت هذا فهو متروك للميت بين ورثته كلهم وأهل وصاياه ودينه كما ترك ، وإن مات قبل أن يسأل فهو هكذا لأن هذا أظهر .

الثاني : ما حكاه عن القاضي قال : إنه القياس ممنوع بل النقل والقياس على الصحة وإن لم يوجد لفظ الهبة ولا التمليك أما النقل فكلام الشافعي السابق مصرح بانعقاد الهبة بالكنايات .

الثالث : لم يبين أي الإرادتين أظهر ، وقد سبق في كلام الشافعي أن الأولى أظهر ، ولهذا فرع عليه أنه إذا مات قبل البيان حمل عليه كما جزم به الرافعي أخيراً .

(٢) سقط من ط .

حصلت بعده وبعد قبول الموصى له ، فهي للموصى له ، وإن حصلت بعد موته ، وقبل القبول ، فإن قلنا : يملك بالموت ، فهي للموصى له ، قَبِل الوصية أو ردَّها . وفيما إذا ردها وجه : أن الزوائد ترتد أيضاً . وإن قلنا : يملك بالقبول ، لم تكن الزوائد للموصى له ، قَبِل الوصية أو ردَّها . وفيما إذا قبل وجه : أنها له ، لأن له حق التمليك من حين الموت ، فهي حادثة في محل حقه . وإن قلنا بالوقف ، فهي موقوفة . فإن قبل ، فله ، وإلا ، فلا . وحيث قلنا : ترتد الزوائد ، فإلى من ترتد ؟ وجهان . أحدهما : إلى الموصي ، فتكون من جملة تركته يقضي منها دينه ، وتنفذ وصاياه كالأصل . وأصحهما : أنها للوارث ، لأنها حدثت بعد زوال ملك الموصي . وعلى هذا الخلاف ولد الجارية والبهيمة الموصى بهما ، ويتعلق بهما تفصيل وأحوال نذكرها إن شاء الله تعالى على الأثر موضحة .

الثانية : فطرة العبد الموصى به ، إذا وقع وقت وجوبها بين القبول والموت على من تجب ؟ يخرج على هذه الأقوال . وقد ذكرناه في « زكاة الفطر » . والنفقة والمؤن المحتاج إليها بين القبول والموت ، حكمها حكم الفطرة . وقال في « الوسيط » : إنها على الموصى له إن قَبِل على كل قول ، وعلى الوارث إن ردَّ على كل قول ، والمعتمد ما نقلناه عن الأصحاب من طرد الخلاف . وإذا توقف الموصى له في القبول والرد ، أُلزم النفقة ، فإن أراد الخلاص ، ردّ .

الثالثة : إذا زوَّج أمته حرّاً ، وأوصى له بها ، فإن رد الوصية ، استمر النكاح ، إلا إذا قلنا : يملك بالموت ، فيفسخ النكاح من يوم الموت وإن كان الملك ضعيفاً . وإن قبل ، انفسخ النكاح ، ويكون الانفساخ من يوم القبول إن قلنا : يملك بالقبول ، ومن يوم الموت على سبيل التبين إن قلنا بالتوقف . وإن كان زوجها وارثه ، ثم أوصى بها لغيره ، فإن قَبِل الموصى له الوصية ، استمر النكاح ، إلا إذا قلنا : الملك يحصل بالقبول ، وإنه قبل القبول للوارث ، فإنه ينفسخ على الأصح ، وقيل : لا ، لضعف الملك ، وإن رد ، انفسخ النكاح . وفي استناد الفسخ إلى حالة الموت لضعف الملك هذا الخلاف . هذا إذا خرجت الأمة من الثلث ، فإن لم تخرج ولم يجز الورثة ، انفسخ النكاح ، لدخول شيء مما يزيد على الثلث في ملك الزوج . وإن أجازوا وقلنا : يملكه بالموت ، أو موقوف ، فهل ينفسخ ؟ إن قلنا : إجازتهم تنفيذ لما فعله الموصي ، فلا . وإن قلنا : ابتداء عطية ، فنعم .

الرابعة : أوصى بأمته الحامل من زوجها لزوجها ، ولابن لها حر ، ومات ، وخرجت كلها من الثلث ، وقبلا الوصية وهما موسران ، نظر ، إن قبلا معاً ، عتقت الأمة كلها على ابنها ، نصفها بالملك ، والباقي بالسراية ، وعليه للزوج نصف قيمتها ، ويعتق الحمل عليهما بالسوية .

أما نصيب الزوج ، فلأنه ولده . وأما نصيب الابن ، فلأن الأم عتقت عليه . والعتق يسري من الحامل إلى ما يملكه المعتق من حملها . ولا يقوَّم نصيب واحد منهما على الآخر ، لأن العتق عليهما حصل دفعة واحدة ، فأشبه ما إذا اشترى ابنان أباهما ، فإنه يعتق عليهما ولا تقويم ، وإن قبل أحدهما قَبْل الآخر ، فإن قلنا : يحصل الملك بالموت ، أو قلنا : بالوقف ، فالجواب كذلك ، لأن وقت الملك واحد وإن اختلف وقت القبول .

وإن قلنا : يحصل بالقبول ، فإن تقدم قبول الابن ، عتقت الأمة والحمل عليه .

أما الأم ، فبالملك والسراية ، وأما الحمل ، فبسراية عتق الأم إليه ، وعليه للزوج نصف قيمتها . وإن تقدم قبول الزوج ، عتق جميع الحمل عليه ، النصف بالملك ، والباقي بالسراية ، فيغرم نصف قيمته يوم الولادة للابن ، ولا يعتق عليه من الأمة شيء . فإذا قبل الابن ، عتق عليه جميعها بالملك والسراية ، وغرم للزوج نصف قيمتها .

قلت : ويجيء وجه : أن الأمة تعتق على الزوج تفريعاً على قول الأستاذ أبي إسحاق : إن عتق الجنين يسري إلى عتق الأم . والله أعلم .

وأما إذا قبل الزوج وحده ، فيعتق عليه الحمل ، نصفه بالملك ، ونصفه بالسراية ، فيغرم نصف قيمته لورثة الموصي ، ولا يسري العتق من الحمل إلى الأم ، لأن الحمل تبع لها ، وليست تبعاً له .

قلت : وفيه وجه أبي إسحاق . والله أعلم .

وإن قبل الابن وحده ، عتقا عليه جميعاً ، وغرم نصف قيمتهما لورثة الموصي .

قلت : قد كرر الإمام الرافعي نصف القيمة في هذه المسألة كما قاله غيره . والقياس : أنه يجب قيمة النصف ، وهي أقل ، لأنه إنما أتلف نصفاً . والله أعلم .

الخامسة : أوصى لإنسان بمن يعتق عليه ، كأبيه وابنه ، لم يجب عليه قبول الوصية ، كما لا يجب شراؤه إذا قدر عليه ، بل له الرد على الصحيح . وقيل : يمنع الرد إن قلنا : يملك بالموت ، لأنه يعتق عليه ، وبه قطع المتولي تفريعاً على هذا القول ، والجمهور على خلافه ، وأنه لا يعتق عليه قبل قبوله . ثم إن رد ، فذاك ، وإن قبل وقلنا : يملك بالقبول ، عتق عليه حينئذٍ .

وإن قلنا : بالموت ، أو موقوف ، تبين أنه عتق عليه يوم الموت ، ولو ملك ابن أخيه ، وأوصى به لأجنبي ، ووارثُه أخوه ، فقبل الموصى له الوصية ، فهو للأجنبي إن قلنا : يملك بالموت أو موقوف . وإن قلنا : يملك بالقبول ، وأنه قبل القبول للوارث ، فمقتضاه العتق على الوارث يوم الموت ، لكن المنقول عن الأصحاب أنه لا يعتق عليه كي لا تبطل الوصية .

ولو أوصى لشخص بابنه ، ومات الموصى له بعد موت الموصي وقبل القبول ، فأوجه .

أحدها : أن الرد يمنع ، لعتقه عليه بالموت إذا قلنا : يملك به .

والثاني : ليس للوارث قبوله ، لما فيه من العتق على الميت بغير إذنه وإثبات الولاء له . هذا إذا قلنا : إن العتق إذا حصل وقع على الميت ، وسنذكر الخلاف فيه إن شاء الله تعالى . وهذان الوجهان ضعيفان جداً .

والثالث وهو الصحيح : أن الوارث يقوم مقامه في الرد والقبول ، لنيابته عنه في حقوقه . فإن قبل ، فهو كقبول الموصى له بنفسه إن قلنا : يملك بالموت ، أو موقوف . وإن قلنا : يملك بالقبول ، نُظر . فإن لم يكن بين الموصى به ، ووارث الموصى له قرابة تقتضي عتقه عليه ، بأن كان الوارث أخا الموصى له ، فهل نحكم بعتقه ؟ وجهان . أحدهما : لا ، وبه قطع ابن الصباغ وآخرون . وأصحهما : نعم ، لأن الموصي إنما أوجب الملك للموصى له فلا يثبت لغيره ، وإنما اعتبرنا قبول وارثه نيابة ، وهذا كما لو نصب شبكة في حياته وتعلق بها صيد بعد موته ، فإنا نحكم بثبوت الملك له . وإن كان بين الموصى به ووارث الموصى له قرابة تقتضي العتق ، بأن

كان الوارث أبا الموصى له ، حكم بعتق الموصى به قطعاً . ويعود الوجهان ، في أنه يعتق على الموصى له ، أم على وارثه ؟ وأن الولاء لمن يثبت ؟ فإن قلنا : عن الموصى له ، قال الإمام : يسند العتق إلى ألطف زمان قبل موت الموصى له . وإذا لم نحكم بالعتق فيما إذا لم يكن بينهما قرابة ، فهل تقضى منه ديون الموصى له ؟ وجهان . أصحهما : نعم كديته ، فإنه تقضى منها ديونه وإن قلنا : إنها تثبت للورثة ابتداءً . هذا حكم العتق .

وهل يرث الذي عتق من الموصي ؟ أما إذا قبل بنفسه ، فينظر ، إن قبل في صحته ، فنعم . وإن قبل في مرض موته ، فإرثه مبني على أن عتقه إذا حصل الملك فيه لا بعوض ، بل بإرث ، أو هبة ، أو قبول وصية ، هل يعتبر من الثلث ، أم من رأس المال ؟ وفيه وجهان مذكوران في كتاب العتق . إن قلنا : من الثلث ، لم يرثه ، وإلا ، ورث ، وهو الأصح . وإن مات قبل القبول ، وقبل وارثه ، فإن حكمنا بالحرية عند القبول ، لم يرث ، لرقه . وإن حكمنا بها عند الموت ، فإن كان القابل ممن يحجبه الموصى به ، كالأخ ، لم يرث ، لأنه لو ورث لحجب الأخ وأخرجه عن كونه وارثاً ، ولبطل قبوله . وإن كان لا يحجبه ، كابن الأخ ، فالصحيح : أنه لا يرث أيضاً ، للدور في نصفه . وقيل : يرث . وقال الداركي : إن ثبت القبول للموصى له وهو مريض ، لم يرث ، لأن قبول ورثته كقبوله ، ولو قبل لكان وصية ، والإرث لا يجامعها .

فرع : أوصى له بمن يعتق عليه ، فمات الموصى له عن ابنين ، فالقول في قبولهما تفريعاً على الأقوال في وقت الملك كما سبق . والمذهب صحته ووقوع العتق عن الميت . وإن قبل أحدهما فقط ، صح القبول في النصف ، وعتق على الميت . ثم قال ابن الحداد وآخرون : ينظر ، إن ورث القابل من الموصى له ما يفي بباقي قيمة الموصى به ، قوّم عليه الباقي فيما ورثه ، وإلا ، فلا يقوَّم عليه ، ولا اعتبار بيسار القابل في نفسه ، ولا يثبت التقويم في نصيب الذي لم يقبل من التركة . أما عدم اعتبار يساره ، فلأن العتق وقع عن الميت ، فلا يكون التقويم على غيره . وأما عدم ثبوته في نصيب الذي لم يقبل ، فلأن سبب العتق القبول ، فالذي لم يقبل لم ينسب إليه . ولك أن تقول : وإن لم ينسب إليه ، فهو معترف بعتق نصيب القابل واقتضائه التقويم ، فالتقويم كدين يلحق التركة . وقال الشيخ أبو علي : يجب أن لا يقوّم على

الميت ، ويقصر العتق على القدر المقبول لمعنيين . أحدهما : أن الملك حصل للميت بغير اختياره ، بل بقبول الوارث ، فأشبه ما إذا ورث شقصاً من عبد فعتق عليه ، لا يقوّم الباقي . والثاني : أن العتق يحصل بعد موته ، ولا مال له حينئذٍ ، فأشبه ما إذا أعتق شقصاً بعد الموت ، لا يقوّم الباقي . قال : ورأيت هذا لبعض الأصحاب ، وللأولين أن يقولوا : إنما حكمنا بالعتق على الميت لجعلنا الوارث نائباً عنه ، ينتفي اختياره مع النيابة ؟! لكنهما حكميان . وأما الثاني : فلا يسلّم أن العتق يحصل بعد الموت ، بل يستند إلى قبيل الموت كما سبق . ثم ولاء ما عتق منه للميت . وهل يشترك فيه الابنان ، أم ينفرد به القابل ؟ وجهان . ولو أوصى لإنسان ببعض من يعتق عليه ، ومات الموصى له ، وقبل وارثه ، فالقول في عتقه على الميت وتقويم الباقي عليه على ما ذكرناه في هذه المسألة .

السادسة : أوصى بأمة لابنها من غيره ، فإن خرجت من الثلث ، وقبل الابن الوصية ، عتقت عليه . وإن ردّ ، بقيت للوارث . وإن لم تخرج ، فالجواب في قدر الثلث كذلك . وأما الزائد ، فإن أعتقه الوارث وهو موسر ، عتق عليه . ثم إن لم يقبل ابنها الوصية ، فقد تبيّنا أن جميعها للوارث ، فيسري العتق من البعض الذي أعتقه إلى الباقي . وإن قبل ، عتق عليه ما قبل . قال ابن الحداد : ولا يقوَّم نصيبه على الوارث ، لأنا تبيّنا بالقبول حصول ملكه بالموت وتقدمه على إعتاق الوارث الزيادة ، ولا يقوَّم نصيب الوارث عليه ، لأنه أعتق نصيبه قبل قبوله . قال الشيخ أبو علي : الصواب عند الأصحاب أن يقال : إن قلنا : يملك بالموت ابتداءً ، وتبيّنا ، قوّم نصيب الوارث عليه . وإن قلنا : يملك بالقبول ، عتق الكل على الوارث ، لأنه يسري من نصيبه إلى قدر الثلث . والقبول بعده كإعتاق الشريك الثاني بعد إعتاق الأول وهو موسر . هذا إذا حكمنا بحصول السراية بنفس الإعتاق . فإن قلنا : لا تحصل إلا بأداء القيمة ، فقبوله كإعتاق الشريك الثاني نصيبه قبل أخذ القيمة . وفيه وجهان . أحدهما : ينفذ ، لأنه ملكه . وأصحهما : لا ، لأن الأول استحق تقويمه عليه . فعلى هذا ، له قيمة نصيبه على الوارث . فلو كانت المسألة بحالها ، ووارث الموصي ابن له من هذه الأمة بنكاح ، فإن رد الموصى له ، عتقت على الابن الذي هو وارث السيد . وإن قبلها ، نظر ، إن خرجت من الثلث ، عتقت على الموصى له . وإن لم تخرج ، فالزائد منها على الثلث . أطلق ابن الحداد : أنه يعتق في

الحال على الوارث ، وفصَّل الشارحون ، فقالوا : إن لم يجز الوارث الزيادة على الثلث ، فالجواب كذلك ، وإن أجاز ، فعتقه مبني على أن الإجازة ابتداء عطية ، أم تنفيذ ؟ إن قلنا بالأول ، فقد حكمنا للوارث بالملك قبل أن يعطى ، فيعتق عليه . وإن قلنا : تنفيذ ، لم يعتق ، لأنا على هذا القول لا نجعل الزائد للوارث ، بل نقفه على الرد والإجازة . فإذا أجاز ، تبين أنه لم يملكه . وأما قدر الثلث ، فإنه يعتق على الموصى له ، ولا يقوّم نصيب أحدهما على الآخر .

السابعة : أوصى بعبد لشخصين ، أحدهما قريبه الذي يعتق عليه . فإن قبلا معاً ، عتق جميعه على القريب إن كان موسراً ، النصف بالملك ، والنصف بالسراية ، ويغرم للأجنبي نصف قيمته . وإن قبل القريب أولاً ، فكذلك حكم العتق ، ويكون غرم النصف للأجنبي إن قبل بعد ذلك ، ولوارث الموصي إن لم يقبل . وإن قبل الأجنبي أولاً ، ملك نصيبه ، ويبقى نصيب القريب موقوفاً إلى أن يقبل أو يردّ ، فإن أعتق الأجنبي نصيبه قبل قبول القريب ، ثم قبل ، فإن قلنا : يملك بالقبول ، قوِّم نصيبه على الأجنبي ، وكان كما لو أعتق الشريك نصيبه وهو موسر ثم أعتق الثاني نصيبه ، وإن قلنا : يملك بالموت ، تبيّنا أن عتق الأجنبي غير نافذ ، وأنه عتق جميعه على الوارث ، وعليه نصف القيمة للأجنبي .

الثامنة : أوصى بجارية فولدت ، فلها أحوال .

أحدها : أن تلد قبل موت الموصي ، فينظر ، إن انقضى أقل مدة الحمل من يوم الوصية ، وهو ستة أشهر ، ثم ولدت ، لم يدخل الولد في الوصية ، لأنه يحتمل حدوثه بعد الوصية . والأصل عدم الحمل يومئذٍ ، فلا يجعل للموصى له بالشك . وإن لم ينقض أقل مدة الحمل ، علمنا وجوده يوم الوصية ، فيبنى على الخلاف في أن الحمل هل يعرف ويعطى حكماً قبل الانفصال ، أم لا ؟ إن قلنا بالثاني ، فالولد غير داخل في الوصية ، بل هو زيادة حدثت في ملك الموصي ، فيكون لورثته . وإن قلنا بالأول ، فهو كما لو أوصى بالجارية وولدها بعد الانفصال ، فينظر ، أيقبلهما الموصى له ؟ أم يردهما ؟ أم يقبل أحدهما دون الآخر ؟ وفي هذا زيادة بحيث نذكره في أول الباب الثاني إن شاء الله تعالى . فإن كان الموصى له زوج الجارية ، وقبل الوصية في الولد ، عتق كله عليه بالملك ، وله ولاؤه ، ولا تصير الجارية أم ولد له ، لأنها علقت منه برقيق .

الحال الثاني : أن تلد بعد موت الموصي ، وقبل قبول الموصى له ، فهذا ثلاثة أقسام .

القسم الأول : ولدت بعد مضي أقل مدة الحمل من يوم الموت ، فالولد غير موصى به ، لاحتمال حدوثه بعد الموت . ثم إن كان الموصى له زوج الجارية ، بني حكم الولد على أن الوصية متى تملك ؟ إن قلنا بالقبول ، وأنها قبل القبول لورثة الموصي ، فالولد لهم ، لا إرثاً من الميت ، بل لحدوثه في ملكهم . وإن قلنا : تملك بالموت ، أو موقوف ، فقبل ، فالعلوق في ملكه ، فينعقد الولد حرّاً لا ولاء عليه ، والجارية أم ولد له .

القسم الثاني : ولدت قبل أقل مدة الحمل من يوم الموت ، وبعدها من يوم الوصية ، فيجعل كأنه حدث بعد الوصية . فإن قلنا : الحمل يعرف ، فالولد زيادة حدثت في ملك الموصي ، فهو له ، ولورثته بعده . وإن قلنا : لا يعرف ، ولا يعطى حكماً ، بني على أن الوصية متى تملك ؟ إن قلنا بالقبول وأنها للورثة قبل القبول ، فالولد لهم ، لحدوثه في ملكهم . وإن قلنا : بالموت ، أو موقوف ، وكان الموصى له زوج الجارية ، وقبل ، عتق الولد عليه بالملك ، وله عليه الولاء ، ولا تصير الجارية أم ولد .

القسم الثالث : أن تلد قبل مضي أقل مدة الحمل من يومي الموت والوصية جميعاً . فإن قلنا : الحمل يعرف ، فكأنه أوصى بالجارية والحمل جميعاً ، وإلا ، فعلى الخلاف في أن الوصية متى تملك ؟ على ما ذكرناه في القسم الثاني .

الحال الثالث : أن تلد بعد الموت والقبول ، وله صور .

أحدها : تلد بعد مضي أقل مدة الحمل من وقت القبول ، فالولد للموصى له . فلو كان زوج الجارية ، انعقد الولد حرّاً ، وصارت أم ولد له .

الثانية : تلد قبل مضي هذه المدة من وقت القبول ، وبعدها من وقت الموت . فإن قلنا : الوصية تملك بالموت ، أو موقوف ، فقبل ، فحكمه حكم الصورة الأولى . وإن قلنا : تملك بالقبول ، وأنها قبل القبول للورثة . فإن قلنا : الحمل يعرف ، فهو زيادة للورثة ، وإلا ، فللموصى له ، وإذا كان الموصى له زوج الجارية ، عتق الولد عليه ، وثبت له الولاء عليه ، ولا تصير أم ولد .

الثالثة : تلد قبل مضي هذه المدة من وقت القبول والموت جميعاً ، وبعدها من يوم الوصية . فإن قلنا : الحمل يعرف ، فالولد غير داخل في الوصية . وإن قلنا : لا ، واعتبرنا حالة الانفصال ، فالانفصال حصل في ملك الموصى له ، فيكون الولد له ، ويعتق عليه إن كان زوجها ، ولا استيلاد .

الرابعة : تلد قبل مضيِّها من يوم الوصية أيضاً . فإن قلنا : الحمل يعرف ، فهو داخل في الوصية ، وإلا ، فهو حاصل في ملك الموصى له ، فيكون له ، فإن كان زوجها ، عتق عليه بالملك ، ولا استيلاد .

فرع : نتاج باقي الحيوان يقاس بما ذكرناه في الجارية ، ويرجع في مدة حملها إلى أهل الخبرة ، فإنها تختلف .

فرع : قال أبو الفرج الزاز : حيث حكمنا بمصير الجارية أم ولد ، هل تعتبر حقيقة الإصابة من يوم الملك ، أم يكفي إمكان الإصابة ؟ وجهان . والثاني هو مقتضى كلام الجمهور . قال : وحيث بقّينا الولد على ملك الوارث ، فالمعتبر من الثلث قيمة الجارية وحدها . وإذا لم نبقّه ، فالمعتبر من الثلث ما كان يوم موت الموصي موجوداً . فإن كانت حائلاً ، اعتبر قيمتها وحدها . وإن كانت حاملاً ، فقيمتها مع قيمة الحمل ، وحينئذٍ ، فالنظر إلى قيمتها حاملاً يوم موت الموصي عند جماهير الأصحاب . وقال ابن سريج : تعتبر قيمتها يومئذٍ لو كانت حائلاً ، وتعتبر قيمة الحمل في أول حال الانفصال . وإذا قوّمناهما فخرجا من الثلث ، فذاك ، وإلا ، فلا يقرع ، بل تنفذ الوصية في القدر الذي يحتمله الثلث منهما على نسبة واحدة .

فرع : نقل المزني في « المختصر » : أنه لو أوصى بأمة لزوجها ، فلم يعلم حتى وضعت له بعد موت سيدها أولاداً . فإن قبل ، عتقوا ولم تكن أمهم أم ولد حتى تلد منه بعد قبوله بستة أشهر . وفيه إشكال من وجهين .

أحدهما : أنه لم اعتبر عدم الحمل بالوصية ؟ وهل يفترق الحال بين العلم وعدمه ؟ والثاني : أنه حكم بحرية الأولاد ، وأنها لا تصير أم ولد . فإن فرع على حصول الملك بالموت ، أو على الوقف ، فلم اعتبر مضي الأشهر في مصيرها أم ولد ؟ وإن فرع على الملك بالقبول ، فلم حكم بحريَّة الأولاد في الحال ؟! أما

الأول، فعن الخضري ما يقتضي الفرق بين العلم وعدمه، واحتج بأن الشافعي رضي الله عنه قال : لو وطىء أمة غيره يظن أنها زوجته الحرة ، فالولد حر ، ولو ظنها زوجته الرقيقة ، فللولد رقيق . والصحيح : أنه لا فرق في ثبوت أميَّة الولد في أميَّة بين علمه وعدمه ، حتى لو وطىء أمته يظنها أمة غيره ، أو حرة فأحبلها ، ثبتت أمية الولد . فإذاً قوله : « ولم يعلم » ليس بقيد ، بل خرج على الغالب ، فإن الغالب أن الوصية لا تبقى مدة طويلة ، لا مقبولة ، ولا مردودة ، إلا إذا لم يعلم الموصى له ، لغيبته أو نحوها .

وأما **الثاني** : فقيل : هو تخليط من المزني . فقوله : « عتقوا » ، تفريع على حصول الملك بالموت . وقوله : « ولا تصير أم ولد » ، تفريع على حصوله بالقبول .

وقال الأكثرون : بل هو تفريع على قول الوقف . وأراد بالقبول ، في قوله : « بعد قبوله » الموت ، فسماه قبولاً ، لأنه وقت القبول . وقال بعضهم : لفظ الشافعي « الموت » لكن المزني سها فيه .

ولو كانت الجارية الموصى بها زوجة الموصى له ، ومات الموصى له قبْل القبول والرد ، فقد سبق أن ورثته يقومون مقامه في الرد والقبول ، فإن قبلوا ، فعلى الخلاف في أن الملك متى يحصل ؟ إن قلنا : بالموت ، أو موقوف ، فقبولهم كقبول الموصى له في عتق الأولاد بالملك ، وفي انعقادهم على الحرية ومصير الجارية أم ولد وفي بقائهم مماليك لورثة الموصي ، على اختلاف الأحوال السابقة بلا فرق ، إلا أنهم إذا عتقوا بقبول الموصى له ، ورثوه . وإذا عتقوا بقبول الورثة ، لم يرثوا كما سبق . وإن قلنا : يملك بالقبول . فإن كان بين الوارث والأولاد قرابة تقتضي العتق ، بأن كان وارث الموصى له أباه ، عتقوا عليه ، وإلا ، ففيه الوجهان السابقان ، وإذا لم يحصل العتق ، فهل تقضى ديون الموصى له منها ؟ أم تسلَّم للورثة ؟ فيه الوجهان السابقان أيضاً ، وبالله التوفيق .

الباب الثاني
في أحكام الوصية الصحيحة

إذا جمعت الوصية شروط صحتها ، صحت ، ثم ينظر في أحكامها ، وهي ثلاثة أقسام : لفظية ، ومعنوية ، وحسابية .

[القسم][١] الأول : اللفظية ، وفيه طرفان .

الأول[٢] : في اللفظ المستعمل في الموصى به ، وفيه مسائل .

الأولى[٣] : إذا أوصى بجارية حامل ، واستثنى حملها لنفسه ، صح ، بخلاف البيع . وكذلك تصح الوصية بالحمل وحده ، بشرطه المتقدم ، بخلاف بيعه . ولو أوصى بالحمل لرجل ، وبالأم لآخر ، صحت الوصيتان . ولو أطلق الوصية بالجارية ، ففي دخول الحمل فيها وجهان ، أصحهما على ما دل عليه كلام الأصحاب : الدخول ، كالبيع ، ولا تبعد الفتوى ، بخلاف البيع ، لأن الحمل لا ينفرد بالبيع ، فجعل تبعاً ، وينفرد بالوصية ، فلا يتبع ، ولأن الأصل تنزيل الوصية على المتيقن ، ولأنها عقد ضعيف ، فلا يستتبع . فإن قلنا بدخوله ، لم تنقطع الوصية بانفصال الحمل ، بل يبقى موصى به ، والانفصال زيادة حدثت فيه . ولو أوصى له بالحمل والجارية معاً ، صح فيهما قطعاً كما لو أوصى بهما لرجلين .

الثانية[٤]: الطبل أنواع سبق بيانها . وذكرنا أن طبل اللهو إن صلح لمنفعة مباحة ، إما على هيئته ، وإما بعد التغيير الذي لا يبطل اسم الطبل ، صحت الوصية به ، وإلا ، فلا . إذا عرفت هذا ، فإن أطلق وقال : أعطوه طبلاً من مالي ، ولم يكن له طبل يحل الانتفاع به ، اشترى ودفع إليه . وإن قال : طبلاً من طبولي ، فإن كان له طبل يحل الانتفاع به ، كطبل الحرب ، وكان له أيضاً طبل لهو لا تصح الوصية به ، صحت الوصية ونزل على طبل الحرب ونحوه . وإن لم يكن له إلا طبول لا تصح الوصية بها ، فالوصية باطلة . وإذا صحت الوصية بالطبل ، دفع إلى الموصى له معه الجلد الذي عليه إن كان لا يقع عليه اسم الطبل دون الجلد .

فرع : تجوز الوصية بالدف ، فإن كان عليه جلاجل ، وحرّمْناها ، نزعت ، ولم تدفع إليه إلا أن ينص عليها .

---

(١) سقط من الأصل والمثبت من ط .

(٢) في ط الطرف الأول .

(٣) في ط المسألة الأولى .

(٤) في ط المسألة الثانية .

الثالثة[1] : اسم العود يقع على عود اللهو الذي يضرب به ، وعلى واحد الأخشاب التي تستعمل في البناء والتي تصلح للسقي والعصي . والوصية بعود اللهو كهي بطبل اللهو ، فينظر ، هل يصلح على هيئته لمنفعة مباحة أو بعد التغيير الذي لا يبطل اسم العود ، أم لا يصلح ؟ وإذا صحت الوصية به لم يدفع الوتر والمضراب ، لأنه يسمى عوداً دونهما . وإذا قال : أعطوه عوداً من عيداني ، نظر ، إن لم يكن له إلا عيدان القسي والبناء ، أعطي واحداً منها . وكذا لو كان معها عيدان اللهو الصالحة لمنفعة مباحة ، أعطاه الوارث ما شاء من الجميع . ولو كان له عيدان لهو غير صالحة لمباح ، وعيدان قسي وبناءٍ ، فوجهان . أحدهما : تنزل الوصية على عيدان القسي والبناء كمثله في الطبل ، وكما لو لم يكن له إلا عيدان القسي والبناء ، فيعطى واحداً منها . وأصحهما وهو المنصوص : أن الوصية باطلة ، تنزيلاً على عيدان اللهو ، لأن اسم العود عند الإطلاق لهذا الذي يضرب ، واستعماله في غيره مرجوح ، والطبل يقع على الجميع وقوعاً واحداً . وللقائل الأول أن يمنع ظهور اسم العود فيما يضرب به ، ويقول : هو مشترك بينه وبين الذي يتبخَّر به وفي واحد الأخشاب بحسب الحاجة ، ولا ترجيح .

فرع : أوصى بعود ، ولا عود له ، فمقتضى تنزيل مطلق العود على عود اللهو إبطال الوصية ، وأن يشترى له عود لهو يصلح لمباح ، وأطلق المتولي أنه يشترى ما لو كان موجوداً في ماله أمكن تنفيذ الوصية بالعود به . ولو أوصى بعود من عيدانه ، وليس له إلا عود لهو ، وعود بناءٍ ، وعود قسي . فإن حملنا لفظ العيدان على هذه الآحاد ، فقد حملنا اللفظ المشترك على معانيه معاً ، وفيه خلاف لأهل الأصول . فإن منع ، فهذه الصورة ، كما لو أوصى بعود من عيدانه وليس له إلا عود لهو ، أو لا عود له .

قلت : مذهب الشافعي رحمه الله حمل اللفظ المشترك على معانيه ، ووافقه عليه جماعة من أهل الأصول . والله أعلم .

فرع : الوصية بالمزمار كالوصية بعود اللهو . وإذا صحت ، لم يلزم تسليم المجمع ، وهو الذي يجعل بين شفتيه ، لأن الاسم لا يتوقف عليه .

---

(١) في ط المسألة الثالثة .

الرابعة[١] : اسم القوس يطلق على العربية ، وهي التي يرمى بها النبل ، وهي السهام العربية . وعلى الفارسية ، وهي التي يرمى بها النشاب . وعلى القسي التي لها مجرى تنفذ فيه السهام الصغار ، ويسمى : الحسبان . وعلى الجلاهق ، وهو ما يرمى به البندق . وعلى قول : الندف . والسابق إلى الفهم من لفظ القوس أحد الأنواع الثلاثة الأُوَل . فإذا قال : أعطوه قوساً ، حمل على أحدهما ، دون الجلاهق وقوس الندف . ولو قال : أعطوه ما يسمى قوساً ، ففي « التتمة » أن للوارث أن يعطيه ما شاء من الأنواع الثلاثة وغيرها . ويشبه أن يكون كما لو قال : أعطوه قوساً ، إلا أن يقول : ما يسمى قوساً غالباً أو نادراً وما أشبهه .

قلت : الذي قاله في « التتمة » هو الصواب . والله أعلم .

ولو قال : أعطوه قوساً من قسيٍّ ، وله قسي من كل نوع ، أعطي ما يرمى به النبل أو النشاب أو الحُسبان ، دون البندق والجلاهق ، وكذا لو كان له شيء من الأنواع الثلاثة . فلو لم يكن له إلا قوس ندف ، أو جلاهق ، حمل عليه ، للتقييد بالإضافة ، ولو كان له قوس ندف وجلاهق ، أعطي الجلاهق ، لأن الاسم إليه أسبق . وهذا كله عند الإطلاق . فلو قال : أعطوه قوساً يقاتل بها ، أو يرمي الطير ، أو يندف بها ، فقد أبان الغرض .

فرع : لا يدخل الوتر في الوصية بالقوس على الأصح ، لخروجه عن اسم القوس . وكما لا يدخل السرج في الوصية بالدابة . ويشبه أن يجري الوجهان في بيع القوس . وأما الريش ، والنصل ، فيدخلان في السهم لثبوتهما .

الخامسة[٢] : اسم الشاة يقع على صغيرة الجثة ، وكبيرتها ، والسليمة ، والمعيبة ، والصحيحة ، والمريضة ، والضائنة ، والماعزة . وهل يدخل الذكر فيها ؟ قال الشافعي رضي الله عنه في « الأم » : لا يدخل ، وإنما هو للإناث بالعرف . ومن الأصحاب من قال : يدخل ، لأنه اسم جنس كالإنسان ، وليست التاء فيه للتأنيث ، بل للواحد . قال الحناطي : وبهذا قال أكثر الأصحاب ، ويؤيده أنه لو أخرج عن

---

(١) في ط المسألة الرابعة .

(٢) في ط المسألة الخامسة .

خمس من الإبل في الزكاة ذكراً ، أجزأه على الأصح . وفي السخلة ، والعناق وجهان ، أصحهما : لا يقع عليهما اسم الشاة . والثاني : يقع . فإذا عرف هذا ، فلو قال : أعطوه شاة من شياهي ، أو من غنمي ، فإن لم يكن له غنم ، فالوصية باطلة وإن كان أعطى واحدة منها سليمة ، أو معيبة من الضأن ، أو المعز ، وإذا كانت كلها ذكوراً ، أعطي ذكراً . وإن كانت كلها إناثاً ، أعطي أنثى . وإن كانت ذكوراً وإناثاً ، جاز أن يعطى أنثى . وفي جواز الذكر الخلاف المذكور في تناول الشاة الذكر . ولو قال : أعطوه شاة من مالي ، أعطي واحدة يتناولها الاسم . فإن ملك غنماً ، فللوارث أن يعطي على غير صفة غنمه . فإن لم يكن غنماً ، اشترى له شاة ، بخلاف ما إذا قال : من غنمي ، ولا غنم له . ولو قال : اشتروا له شاة ، حكى البغوي : أنه لا يجوز أن يشتري معيبة ، لأن إطلاق الأمر بالشراء يقتضي التسليم كما في التوكيل بالشراء ، وأبدى فيما حكاه احتمالاً ، ولو قال أعطوه[1] كبشاً أو تيساً ، أو شاة لينزيَها على غنمه ، فالوصية بالذكر . ولو قال : نعجة ، أو شاة يحلبها ، أو ينتفع بدرها ونسلها ، فهي بالأنثى .

قلت : لم يفصح الامام الرافعي بالغرض في هذه المسألة . فإن قال نعجة : فهي للأنثى من الضأن بلا خلاف عند الفقهاء وأهل اللغة . وقد أوضحت هذا في « تهذيب الأسماء واللغات » . وإن قال : شاة يحلبها ، أو ينتفع بدرِّها ونسلها ، فهي للأنثى من الضأن ، أو المعز . والله أعلم .

فرع : الظباء قد يقال لها : شياه البرِّ ، والثورُ الوحشيُّ قد يسمى شاة في اللغة ، لكن مطلق الوصية بالشاة لا يطلق عليها . لكن لو قال : أعطوه شاة من شياهي ، وليس له إلا ظباء ، ففيه وجهان حكاهما في « المعتمد » .

قلت : ينبغي أن يكون الأصح تنزيل الوصية على واحد منها . والله أعلم .

السادسة : البعير ، والجمل ، والناقة ، أسماء تشتمل السليم ، والمعيب ، والبخاتي ، والعراب . ولا يتناول الجمل الناقة ، ولا الناقة الجمل . وفي تناول البعير الناقة مثل الخلاف المذكور في تناول الشاة الذكر ، والحكاية عن النص المنع ،

---

(١) سقط في ط .

وتنزيل البعير منزلة الجمل . والأصح عند الأصحاب التناول ، لأنه اسم جنس عند أهل اللغة . وسمع من العرب : حلب فلان بعيره ، وصرعتني بعيري . وربما أفهمك كلام الأصحاب توسطاً بينهما ، وهو تنزيل النص على ما إذا عم العرف باستعمال البعير بمعنى الجمل ، والعمل بمقتضى اللغة إذا لم يعم .

فرع : اسم الثور للذكر . وفي البقرة وجهان . أصحهما : اختصاصها بالأنثى . والثاني : يتناول الذكر ، والهاء للواحد ، كقولنا : تمرة ، وكذا الخلاف في اسم البغلة .

فرع : قال : أعطوه عشراً من الإبل ، أو الغنم ، جاز الذكر والأنثى . ولو قال : عشر أينق ، أو بقرات ، لم يعط إلا الإناث . ولا فرق بعد التصريح بالأينق والبقرات بين أن يقول : عشراً وعشرة . وهذا تفريع على الأصح ، وهو أن البقرة للأنثى . ولو قال : أعطوه عشراً من الإبل ، أو عشرة ، جاز الذكر والأنثى ، لتناول الإبل النوعين ، وفي وجه حكاه السرخسي : إن قال : عشرة ، فللذكور ، وعشر ، للإناث . ولو قال : أعطوه رأساً من الإبل ، أو البقر ، أو الغنم ، جاز الذكر والأنثى .

فرع : أوصى بكلب ، أو حمار ، قال الغزالي وغيره : لا يدخل فيه الأنثى ، لأنهم ميَّزوا ، فقالوا : كلب وكلبة ، وحمار وحمارة . ويشبه أن يقال : إنهما للجنس ، لأن التمييز ليس مستمراً في اللغة ، وبتقدير استمراره ، فلا شك في استمرار العرفُ بخلافه . وقد قال بعض الأصحاب لهذا : يتّبع العرف .

قلت : الصواب ما قاله الغزالي وغيره . والله أعلم .

فرع : قياس تكميل البقر بالجواميس في نُصُب الزكاة ، دخول الجواميس في البقر ، وكونهما نوعي جنس واحد . وقال في « المعتمد » : لا تدخل في البقر ، إلا إذا قال : من بقري وليس له إلا الجواميس ، فوجهان كما ذكر في الظباء .

السابعة[1] : الدابة في اللغة : اسم لما يدب على الأرض ، ثم اشتهر استعماله فيما يركب من البهائم . والوصية تنزَّل على هذا الثاني . فإذا قال : أعطوه دابة ، تناول الخيل ، والبغال ، والحمير . هذا نص الشافعي رضي الله عنه . فقال

---

(١) في ط المسألة السابعة .

ابن سريج رحمه الله : هذا ذُكره الشافعي رحمه الله على عادة أهل مصر في ركوبها جميعاً واستعمال لفظ الدابة فيها . فأما سائر البلاد ، فحيث لا يستعمل اللفظ إلا في الفرس ، لا يعطى إلا الفرس . وقال أبو إسحاق وابن أبي هريرة وغيرهما : الحكم في جميع البلاد كما نص عليه الشافعي رحمه الله ، وهذا أصح عند الأصحاب . فعلى هذا ، لو قال : دابة من دوابي ، وله جنسان من الثلاثة ، تخيَّر الوارث . فإن لم يكن له إلا جنس ، تعيّن . وإن لم يكن له شيء منها ، فالوصية باطلة . ويدخل في لفظ الدابة ، الذكر والأنثى ، والصغير والكبير ، والسليم والمعيب . هذا كله إذا أطلق . فلو قال : دابة للكرِّ والفرِّ ، أو للقتال ، حمل على الفرس . ولو قال : لينتفع بدرِّها وظهرها ، فكذلك . ولو قال : بظهرها ونسلها ، حمل على الفرس ، والجمل ، والحمارة[1] . ولو قال : للحمل ، حمل على البغال والحمير ، إلا أن يكون في بلد جرت عادتهم بالحمل على البراذين ، فيدخل الجميع . قال المتولي : بل لو كان عرف بلدهم الحمل على الجمال والبقر ، جاز أن يعطى جملاً ، أو بقرة . وهذا الذي قاله ضعيف ، لأنا إذا حملنا الدابة على الأجناس الثلاثة لا يصح الحمل على غيرها لقيد أو صفة .

قلت : قول المتولي قوي . والله أعلم .

الثامنة[1] : اسم الرقيق بالوضع يتناول الصغير والكبير ، والسليم والمعيب ، والمسلم والكافر ، والذكر والأنثى والخنثى .

فرع : إذا قال : أعطوه رأساً من رقيقي ، أو أوصيت له برأس من رقيقي ، فإن لم يكن له رقيق يوم الوصية ، ولا حدث بعد ذلك ، فالوصية باطلة . وكذا لو قال : أعطوه عبدي الحبشي ، أو العبد الذي صفته كذا ، ولا عبد له بتلك الصفة يوم الوصية ، ولا حدث ، فهي باطلة . فلو حدث له أرقَّاء بعد الوصية ، ففيه الوجهان السابقان في أن الاعتبار بيوم الوصية ، أم بيوم الموت ؟ وعليهما يخرَّج ما إذا كان له أرقَّاء يوم الوصية وحدث آخرون بعده ، وهل للوارث أن يعطيَه رقيقاً من الحادثين ، أم يتعين الأولون ؟ ولو لم يملك إلا رقيقاً واحداً وقال : أعطوه رأساً من رقيقي ، فهل تصح الوصية ويدفع إليه ذلك الواحد ، أم تبطل ؟ وجهان . أصحهما : الأول . وإن

---

(١) في ط المسألة الثامنة .

كان له أرقاء ، أعطاه الوارث منهم من شاء ، ويجوز الخنثى على الأصح ، لشمول الاسم . وقيل : لا ، لانصراف اللفظ إلى المعهود . ولا يجوز أن يعطى من غير أرقائه ولو تراضيا ، لأن حقه غير متعين ، والمصالحة عن المجهول باطلة .

فرع : له أرقاء أوصى بأحدهم ، فماتوا ، أو قتلوا قبل موت الموصي ، بطلت الوصية ، وإن بقي واحد ، تعين . وكذا لو أعتقهم إلا واحداً . وليس للوارث أن يمسك الذي بقي ويدفع إليه قيمة مقتول . وإن قُتلوا بعد موته وبعد قبول الموصى له ، انتقل حقه إلى القيمة ، فيصرف الوارث من شاء منهم إليه . وإن قتلوا بعد موته وقبل القبول ، فكذلك إن قلنا : تملك الوصية بالموت ، أو موقوفة . وإن قلنا : تملك بالقبول ، بطلت الوصية . وإن مات واحد منهم ، أو قتل بعد موت الموصي وقبول الموصى له ، فللوارث التعيين فيه ، حتى يجب التجهيز على الموصى له في صورة الموت ، وتكون القيمة له في صورة القتل . وإن كان ذلك بعد موت الموصي وقبل القبول ، فكذلك إن قلنا : تملك الوصية بالموت ، أو موقوفة . وإن قلنا : تملك بالقبول ، فيعطى واحداً من الباقين ، كما لو كان ذلك قبل موت الموصي .

فرع : أوصى برقيق من ماله ، ولم يضف إلى أرقائه ، فإن لم يكن له رقيق ، اشتري من ماله . وإن كان ، فالوارث يعطيه واحداً منهم ، أو يشتري له كما يشاء . وإن قال : اشتروا له مملوكاً ، فكما ذكرنا في قوله : اشتروا له شاة . ولو قال : أعطوه رقيقاً ، ولم يقل : من مالي ، قال البغوي : لا يكون وصية . وحكى المتولي وجهين . أحدهما : هذا ، والثاني ـ قال : وهو المذهب ـ : تصحيح الوصية ، وجعلها ، كقوله : من مالي ، لأنه المراد ظاهراً .

فرع : قال : أعطوه عبداً ، لم يعط أمة ، ولا خنثى مشكلاً . ولو قال : أمة لم يعط عبداً ، ولا خنثى مشكلاً . وفي « الواضح » الوجهان السابقان . ولو قال : رقيقاً يقاتل ، أو يخدمه في السفر ، تعيَّن العبد . ولو قال : رقيقاً يستمتع به ، أو يحضن ولده ، تعينت الأمة . ولو قال : رقيقاً يخدمه ، فهو كما لو أطلق .

فرع : لو أوصى باعتاق عبد ، أعتق ما يقع عليه الاسم على الأصح . وقيل : يتعين ما يجزىء في الكفارة ، لأنه المعروف في الإعتاق ، بخلاف : أعطوه عبداً ، فلا عرف فيه .

فرع : قال : اشتروا بثلثي عبداً وأعتقوه عني ، فامتثل الوارث ، ثم ظهر عليه دين مستغرق ، قال الأصحاب : إن اشتراه في الذمة ، وقع عنه ولزمه الثمن ، ويكون العتق عن الميت ، لأنه أعتق عنه . وإن اشتراه بعين التركة ، بطل الشراء والعتق . كذا ذكروه بلا خلاف . وقد سبق في تصرف الورثة في التركة مع قيام الدَّين تفصيل ، وذكرنا على تقدير البطلان خلافاً في أنه إذا تصرف ثم ظهر دين ، هل يتبين البطلان ، أم لا ؟ وهذا ينبغي أن يكون على ذلك الخلاف .

فرع : قال : اعتقوا عني رقاباً ، أو قال : اشتروا بثلث مالي رقاباً وأعتقوهم ، فأقل عدد يقع عليه اسم الرقاب ثلاثة . فإن تيسر شراء ثلاث فصاعداً بثلثه ، فعل . قال الشافعي رحمه الله : الاستكثار مع الاسترخاص أولى من الاستقلال مع الاستغلاء ، ومعناه : أن إعتاق خمس رقاب قليلة القيمة أفضل من إعتاق أربعة كثيرة القيمة . ولا يجوز صرف الثلث والحالة هذه إلى رقبتين . فإن صرفه إليهما ، قال الشيخ أبو الفرج الزاز : يضمن الوصي للرقبة الثالثة . وهل يضمن ثلث ما نفذت فيه الوصية ، أم أقل ما يجد به رقبة ؟ فيه الخلاف ، كمن دفع نصيب أحد أصناف الزكاة إلى اثنين . أما إذا لم يتيسر [شراء][1] ثلاث رقاب بالثلث ، فينظر ، إن لم يوجد به إلا رقبتان ، اشتريناهما وأعتقناهما . وإن وجدنا رقبتين ، وفضل شيء ، فهل يشتري بالفاضل شقصاً ؟ وجهان . أحدهما : نعم واختاره الغزالي . وأصحهما عند جماهير الأصحاب وهو ظاهر النص : المنع ، لأن الشقص ليس برقبة ، فصار كقوله : اشتروا بثلثي رقبةً ، فلم يجد رقبة ، لا يشتري شقصاً قطعاً . فعلى هذا ، يشتري رقبتين نفيستين يستغرق ثمنهما الثلث . فإن فضل عن أَنْفَس رقبتين وجدناهما ، بطلت الوصية في الفاضل ، ورُدَّ على الورثة . وإذا قلنا : يشتري شقصاً ، فذاك إذا وجد شقص يشترى بالفاضل وزاد على ثمن أنفس رقبتين شيء . فأما إذا لم يمكن شراء شقص بالفاضل ، إما لقلَّته ، وإما لعدم الشقص ، فيشترى رقبتان نفيستان . فإن فضل شيء عن أنفس رقبتين وجدناهما ، بطلت الوصية في الفاضل على الأصح . وقيل : يوقف إلى أن يوجد شقص ، فإن لم يزد على ثمن أنفس رقبتين شيء ، بل أمكن شراء رقبتين نفيستين ، وأمكن شراء خسيستين وشقص

---

(١) سقط من الأصل والمثبت من ط .

من ثالثة ، فأي الأمرين أولى ؟ وجهان . أشبههما بالوجه الذي تفرع عليه ، الثاني . ولو كان لفظ الموصي : اصرفوا ثلثي إلى العتق ، اشترينا الشقص بلا خلاف . ولو قال : اشتروا عبداً بألف وأعتقوه ، فلم يخرج الألف من ثلثه ، وأمكن شراء عبد بالقدر الذي يخرج ، فيشترى ويعتق .

الطرف الثاني : في اللفظ المستعمل في الموصى له ، وفيه مسائل .

الأولى[١] : في الوصية للحمل ، وقد سبق شرط صحتها . فالمقصود الآن بيان ما يقتضي اللفظ من حيث العدد والذكورة والأنوثة . فإذا قال : أوصيت لحمل هند بكذا ، فأتت بولدين ، وزِّع عليهما بالسوية ، ولا نفضِّل الذكر على الأنثى ، كما لو وهب لرجل وامرأة شيئاً ، إلا أن يصرح بالتفضيل . ولو خرج حي وميت فالأصح أن الجميع للحي ، لأن الميت كالمعدوم . وقيل : للحي النصف ، والباقي لوارث الموصي .

فرع : قال : إن كان حملها غلاماً ، فأعطوه كذا ، وإن كان جارية ، فكذا ، واقتصر على أحد الطرفين ، فإن ولدت ذكراً أو أنثى ، فعل ما ذكر . وإن ولدت ذكراً وأنثى جميعاً ، فلا شيء لواحد منهما، لأنه شرط صفة الذكورة أو الأنوثة في جملة الحمل ، ولم يحصل . وإن ولدت ذكرين ، قال الغزالي : لا شيء لهما ، لأن التنكير يشعر بالتوحيد . ويصدق أن يقال : بأن حملها غلامين لا غلاماً . لكنه ذكر في الطلاق في قوله : إن كان حملك ذكراً ، فأنت طالق طلقة ، وإن كان أنثى ، فطلقتين ، فولدت ذكرين ، وجهان[٢] . أحدهما : لا تطلق ، لهذا المعنى . والثاني : تطلق طلقة . والمعنى : إن كان جنس حملك ذكراً . ولا فرق بين البابين ، فيجيء هنا وجه: أنه يقسم المذكور للغلام بينهما . وبهذا قطع الشيخ أبو الفرج الزاز . قال : وبمثله لو قال : إن كان حملها ابناً ، فله كذا ، وإن كان بنتاً ، فكذا ، فولدت ابنين ، لا شيء لهما ، وفرق بأن الذكر والأنثى أسماء جنس ، فتقع على الواحد والعدد ، بخلاف الابن والبنت ، وهذا ليس بواضح ، والقياس أن لا فرق .

قلت : بل الفرق واضح ، والمختار ما قاله أبو الفرج ، فيقسم بين الذكرين في

---

(١) في ط المسألة الأولى .

(٢) في ط فيه .

الصورة الأولى ، دون الثانية ، لما ذكرناه من الفرق . والله أعلم .

ولو قال : إن كان ما في بطنها غلاماً ، أو الذي في بطنها ، فهو كما لو قال : إن كان حملها غلاماً . ولو قال : إن كان في بطنها غلام ، فأعطوه كذا ، فولدت غلاماً وجارية ، استحق الغلام ما ذكر . وإن ولدت غلامين ، فوجهان . أحدهما : بطلان الوصية ، بناءً على أن التنكير يقتضي التوحيد . وأصحهما : صحتها . فعلى هذا هل يوزَّع بينهما ، أم يوقف إلى أن يبلغا فيصطلحا عليه ، أم يصرفه الوارث إلى من شاء منهما كما لو وقع الإبهام في الموصى به ؟ فيه أوجه . أصحها : الثالث . وتجري الأوجه فيما لو أوصى لأحد شخصين وجوّزنا الإبهام في الموصى له فمات قبل البيان ، ففي وجه : يعين الوارث . وفي وجه : يوزع . وفي وجه : يوقف حتى يصطلحا . ولو قال : إن كنتِ حاملاً بغلام ، أو إن ولدتِ غلاماً ، فهو كما لو قال : إن كان في بطنها غلام . ولو قال : إن ولدتِ ذكراً ، فله مائتان ، وإن ولدتِ أنثى ، فمائة ، فولدت خنثى ، دفع إليه الأقل . وإن ولدت ذكراً وأنثى ، فلكل واحد منهما ما ذكر . وإن ولدت ذكرين وأنثيين ، جاء الوجهان . ثم الأوجه الثلاثة في كل واحد من الصنفين .

الثانية(١) : أوصى لجيرانه ، صرف إلى أربعين داراً من كل جانب من جوانب داره الأربعة ، هذا هو الصحيح المعروف للأصحاب . وقيل : هو الذي تلاصق دارهُ دارَه .

قلت : ويقسم المال على عدد الدور ، لا على عدد سكانها . والله أعلم .

الثالثة(٢) : أوصى للقرَّاء ، لا يصرف إلا إلى الذين يقرؤون جميع القرآن ، وهل يدخل فيه من يقرأ من المصحف ولا يحفظ ؟ وجهان . ينظر في أحدهما الوضع . والثاني : إلى العرف . والأصح : المنع . ولك أن تقول : اسم القراء والمقرئين في هذه الأعصار يطلق على الحفاظ وعلى الذين يقرؤون بالألحان ، وبالمعنى الثاني لا يشترط لإطلاق اللفظ الحفظ ، ولا قراءة جميع القرآن ، فيجوز أن

---

(١) في ط المسألة الثانية .

(٢) في ط المسألة الثالثة .

يقال : إن كان هناك قرينة تفهم أحد المعنيين ، فذاك ، وإلا ، فهو كما لو أوصى للموالي .

قلت : الصواب ما رجحه الأصحاب : أنه لا يعطى إلا من يحفظ الجميع . والله أعلم .

الرابعة : أوصى للعلماء ، أو لأهل العلم ، صرف إلى العلماء بعلوم الشرع ، وهي : التفسير ، والفقه ، والحديث . ولا يدخل فيه الذين يسمعون الحديث ولا علم لهم بطرقه ، ولا بأسماء الرواة ولا بالمتون ، فإن السماع المجرد ليس بعلم . ولا يدخل أيضاً المقرئون وعابرو الرؤيا ، ولا الأدباء ، والأطباء ، والمنجمون ، والحسّاب ، والمهندسون ، وقال أكثر الأصحاب : ولا يدخل فيه المتكلمون أيضاً ، وقال المتولي : الكلام يدخل في العلوم الشرعية ، وهذا قريب[١] .

---

(١) قال في الخادم : الصرف لمن ذكر أي من علماء التفسير والحديث والفقه إن دلت عليه قرينة فذاك وإن كان مستنده ـ يعني الرافعي ـ العرف العام فممنوع فقد قال الكلاباذي إذا أطلقوا كان المفهوم منه الفقهاء ، فأما سائر العلماء فإنما يستعمل لهم ما يختصون به ، ولهذا يقولون هذا قول المتكلمين وقول المفسرين وقول اللغويين وقول النحاة وقول القراء ينسبون أهل كل نوع من العلم إلى منتحله . وأما العلماء فاسم يختص به الفقهاء عند الإطلاق ، وحمل عليه قول النبي ﷺ « سائر العلماء » قال : أراد به علم الأحكام فإن البلوى فيه أكثر والحاجة إليه أمس . قال ـ أعني صاحب الخادم ـ : والذي قاله هو الذي يسكن إليه القلب ، وقد قال الماوردي : لو أوصى لأعلم الناس صرفها إلى الفقهاء خاصة لتعلق الفقه بأكثر العلوم ، ويعلم من كلام الشيخ أنه لا يشترط في الصرف إليه الإحاطة بالثلاثة بل يكفي العلم بأحدها ، والمراد بالمفسر العارف بمعاني الآيات وأحكامها . قال الفارقي : ولا يصرف إلى من عرف تفسير القرآن ولم يعرف أحكامه لأنه كناقل الحديث . قال : وهكذا لا يصرف لمن عرف طرق الحديث ولم يعرف أحكامه لأنه لا يصير من علماء الشرع بذلك القدر وتابعه تلميذه ابن أبي عصرون في الانتصار وإليه يرشد قول الماوردي في الوقف أنه لا يصرف للقراء وأصحاب الحديث لأن العلم ما تصرف في معانيه دون ما كان محفوظاً للتلاوة ، وأفتى الكيا صاحب الإمام أنه لو أوصى للعلماء أو الفقهاء يدخل فيه كتبة الحديث لحديث « من حفظ على أمتي أربعين حديثاً » ولعله أراد كتبة الحديث لمن عنده شيء من العلم ، والمراد بالفقه معرفة الأحكام الشرعية نصاً واستنباطاً فلا يدخل في ذلك الظاهر كما هو المنقول عن ابن سريج والقاضي الحسين وغيرهما والمقري والتالي.
قال الشيخ ابن الرفعة في المطلب : أما العارف بالروايات ورجالها فكالعالم بطرق الحديث والمراد بالأدب النحاة وأهل اللغة قال في الخادم : وسئل ابن خزيمة عن الكلام في الأسماء والصفات فقال : بدعة ابتدعوها ولم يكن أئمة المسلمين وأرباب المذاهب وأئمة الدين كمالك وسفيان والاوزاعي والشافعي وأحمد واسحاق ويحيى بن يحيى وأبي حنيفة ومحمد بن الحسن وأبي يوسف يتكلمون في =

فرع : أوصى للفقهاء أو المتفقهة أو الصوفية ، فهو على ما ذكرناه في الوقف . لكن في لفظ البغوي : أنه لا يقنع بما سبق في تفسير الفقهاء ، لأنه قال : لو أوصى للفقهاء ، فهو لمن يعلم علم أحكام الشرع في كل نوع شيئاً . وفي « التتمة » : أن الرجوع فيه إلى العادة . ثم ذكر وجهاً أن من حفظ أربعين مسألة ، فهو فقيه وهو ضعيف جداً[١] .

الخامسة[٢] : أوصى لأعقل الناس في بلده ، صرف إلى أزهدهم في الدنيا ، نص عليه الشافعي رضي الله عنه . ولو أوصى لأجهل الناس ، حكى الروياني : أنه يصرف إلى عبدة الأوثان . فإن قال : من المسلمين ، قال : من يسب الصحابة رضي الله عنهم . وقال المتولي : يصرف إلى الإمامية المنتظرة للقائم ، وإلى المجسمة .

قلت : وقيل : يصرف إلى مرتكبي الكبائر من المسلمين ، إذ لا شبهة لهم[٣] . والله أعلم .

= ذلك وينهون عن الخوض فيه ويدلون أصحابهم على الكتاب والسنة فإياك والخوض فيه والنظر في كتبهم بحال .

ثم قال ويجوز أن يكون مراد الشافعي المتكلم الذي ذمه وقال فيه : لأن يلقى العبد ربه بكل ذنب ما عدا الشرك خير من أن يلقاه بعلم الكلام ، وذلك أنهم يبنون الكلام فيه على الفلسفة وأقوال أهل البدع وخلط الحق بالباطل وعلى هذا ينزل كلام الأكثرين أما من دأبه رد البدعة وتمييز الاعتقاد الصحيح ونصرته على طريق السلف فلا شك أنه من العلوم الشرعية وعليه ينزل كلام المتولي والرافعي ولا ينبغي خلاف ، وقد صرح بذلك الصيمري في شرح الكفاية وألحق الفارسي في تعليقه علم المنطق بعلم الكلام ، وقد جعله الغزالي في الإحياء منه فقال والمنطق هو بحث عن وجه الدليل وشروطه ووجه الحد وشروطه وهما داخلان في علم الكلام .

(١) الذي سبق في الوقف أن المتفقهة هم المشتغلون بتحصيل الفقه مبتدئهم ومنتهيهم ، وأن لفظ الفقهاء يدخل فيه من حصل منه شيئاً ، وإن قل وشوحح الشيخ في ذلك وما نقله الشيخ عن البغوي ذكره القاضي الحسين أيضاً وقال في المطلب : أثر كلام البغوي أي من باب من أبواب الفقه طرفاً دون من عرف باباً منه كمن يعرف أحكام الحيض أو الفرائض . هذا ما يفهمه هذا الكلام قال في الخادم : وإليه يشير قول القاضي صرف إلى من كل علم .

(٢) في ط المسألة الخامسة .

(٣) قال في الخادم : إن كلامهم على هذه الصورة يقتضي صحة الوصية للمذكورين وهو لا يلائم قولهم أنه يشترط في الوصية لجهة عدم المعصية وقد تفطن لذلك صاحب الاستقصاء فقال : ينبغي أن لا تصح =

السادسة[١] : يدخل في الوصية للفقراء المساكينُ ، فيجوز الصرف إلى هؤلاء وإلى هؤلاء ، وكذلك يدخل في الوصية للمساكين الفقراءُ ، ويجوز الصرف إلى الصنفين ، لأن كل واحدٍ من الاسمين يقع على الفريقين عند الانفراد . وفي قول : ما أوصى به للفقراء ، لا يصرف إلى المساكين ، ويجوز عكسه ، رواه عصام بن يوسف عن الشافعي رضي الله عنه ، والمشهور الأول[٢] . ولو جمع بينهما ، فأوصى للفقراء والمساكين ، وجب الجمع بينهما ، كما في الزكاة . ولو أوصى لسبيل الله ، أو قال : ضعوا ثلثي في سبيل الله ، فهو للغزاة المساكين المستحقين للزكاة . ولو أوصى للرقاب ، أو قال : ضعوا ثلثي في الرقاب ، فللمكاتبين . فإن دفع إلى مكاتب ، فعاد إلى الرق والمال باقٍ في يده أو في يد سيده ، استرد . ولو أوصى للغارمين أو لابن السبيل ، فلمن تصرف إليه الزكاة منهم . وبالجملة فالحكم في هذه المسائل كما في الزكاة ، أخذاً بعرف الشرع فيها . حتى إذا أوصى للفقراء والمساكين ، جعل المال بين الصنفين نصفين . ولا يجعل على عدد رؤوسهم ، بخلاف ما إذا أوصى لبني زيد ، وبني عمرو . ولا يجب أيضاً الاستيعاب ، بل يكفي الصرف إلى الثلاثة من كل صنف . ولا تجب التسوية بين الثلاثة . ولو دفع إلى اثنين ، غرم ، إما الثلث ، وإما أقل ما يتمول كما سبق في « قسم الصدقات »[٣] . ثم ليس له دفع ما يغرمه إلى ثالث ، بل يسلّمه إلى القاضي ليدفعه بنفسه ، أو يرده إليه ويأتمنه بالدفع .

فرع : الوصية للعلماء وسائر الموصوفين ، كالوصية لأصناف الزكاة في أنه لا

= لهم الوصية لما فيها من المعصية كما لا تصح لقاطع الطريق .

(١) في ط المسألة السادسة .

(٢) وعصام بن يوسف هذا حنفي ، وقضيته أن أبا اسحاق رواه لا من جهة عصام وليس كذلك ففي تعليق القاضي أبي الطيب : سمعت الماسرخسي يقول : سمعت أبا إسحاق المروزي بمصر يقول : رأيت في رواية عصام عن الشافعي أنه قال : إذا أوصى للفقراء لم يدخل المساكين بخلاف العكس . قال القاضي : وهذا أصح والمشهور الأول .

(٣) ذكر هناك أن المنصوص أنه يغرمه ثلث نصيبه ذلك الصنف والقياس أنه يغرمه أقل ما يتمول ، وكذلك هنا المنصوص في الأم في مسألتنا كما قال الماوردي وابن أبي هريرة في تعليقه أنه يضمن الثلث وإن كان القياس خلافه .

يجب الاستيعاب ، ويقتصر على ثلاثة ، والأفضل استيعاب الموجودين عند الإمكان . كما في الزكاة .

فرع : لو أوصى لفقراء بلد بعينه ، وهم عدد محصورون ، اشترط استيعابهم والتسوية بينهم ، لتعيُّنهم . بل يشترط القبول في هذه الوصية ، بخلاف الوصية لمطلق الفقراء . ذكره صاحب « التهذيب » وغيره . وفي جواز نقل ما أوصى به للفقراء أو المساكين من بلد إلى بلد ، خلاف سبق في « قسم الصدقات » ، والمذهب الجواز . فإذا قلنا : لا يجوز ، وجب أن يكون قوله : أوصيت للفقراء ـ وفقراء البلد محصورون ـ كقوله : أوصيت لفقراء هذه البلدة ـ وهم محصورون ـ ، ويدل عليه أن الأستاذ أبا منصور ذكر في الوصية للغارمين ، أنه يعطى لثلاثة منهم إن كانوا غير محصورين ، فإن كانوا محصورين ، استوعبوا . فإن اقتصر الوصي على ثلاثة ، فهل يجزئه ، أم يضمن حصة الباقين ؟ فيه جوابان . فإن قلنا بالثاني ، فالحساب على قدر ديونهم ، أم على رؤوسهم ؟ وجهان[1] .

قلت : الصحيح المعتمد ما قاله الأصحاب ، وهو ما سبق . والله أعلم .

فرع : لو أوصى لثلاثة معينين ، وجب التسوية بينهم ، بخلاف الثلاثة المصروف إليهم من الفقراء وسائر الأصناف ، لأنا عرفنا ذلك من معهود الشرع في الزكاة ، والاستحقاق هنا مضاف إلى أعيانهم .

---

(١) فيه أمران :
أحدهما : ما نقله عن صاحب التهذيب من وجوب الاستيعاب واشتراط التسوية واشتراط قبولهم في الثلاثة كلام . أما الأول وهو الاستيعاب فصرح النووي في تصحيح التنبيه أنه لا خلاف فيه حيث قال : الصواب أنه إذا أوصى لفقراء بلد معين وهم محصورون وجب استيعابهم . انتهى .
وينبغي تخصيص الاستيعاب بما إذا كان يحصل لكل واحد مع التوزيع قدر له وقع فإنه على الموصى به وكان المدفوع إلى كل فرد لا يغني شيئاً لعائلته فيظهر التخصيص بحسب الحاجة والعيال .
وأما التسوية ففيه نظر لأنه لم يثبت لهم على التعيين ، وقال في المطلب : المراد بالتسوية الدفع إلى ثلاثة من الفقراء أو المساكين أو الرقاب أو الغارمين أو في سبيل الله إنما بنى على قدر حاجتهم لا في مقدار العطايا ، فإذا كانت حاجة بعضهم تندفع بمائة والآخر بمائتين والآخر بثلاثمائة وكان الثلث لا يفي بذلك فالتسوية أن يعطى الأول سدس الثلث والثاني ثلثه والثالث نصفه لأنه يقسم الثلث بينهم أثلاثاً كما بين ذلك في قسم الصدقات .
أما القبول فكلام القاضي أبي الطيب يقتضي عدم اشتراطه .

فرع : لو أوصى لسبيل البرِّ ، أو الخير ، أو الثواب ، فعلى ما ذكرناه في الوقف .

فرع : لو قال : ضع ثلثي حيث رأيت ، أو فيما أراك الله ، ليس له وضعه في نفسه ، كما لو قال : بع ، لا يبيع لنفسه . والأولى صرفه إلى أقارب الموصي الذين لا يرثونه ، ثم إلى محارمه من الرضاع ، ثم إلى جيرانه[١] .

السابعة : أوصى لأقارب زيد ، دخل فيه الذكر والأنثى ، والفقير والغني ، والوارث وغيره ، والمحرم وغيره ، والقريب والبعيد ، والمسلم والكافر ، لشمول الاسم . ولو أوصى لأقارب نفسه ، ففي دخول ورثته وجهان . أحدهما : المنع ، لأن الوارث لا يوصى له . فعلى هذا ، يختص بالباقين ، وبهذا قطع المتولي ، ورجحه الغزالي ، وهو محكي عن الصيدلاني . والثاني : الدخول ، لوقوع الاسم ، ثم يبطل نصيبهم ويصح الباقي لغير الورثة . ولك أن تقول : يجب اختصاص الوجهين بقولنا : الوصية للوارث باطلة . فأما إن وقفناها على الإجازة ، فليقطع بالوجه الثاني .

قلت : الظاهر أنه لا فرق في جريانهما ، لأن مأخذهما أن الاسم يقع ، لكنه خلاف العادة . والله أعلم .

وهل يدخل في الوصية لأقارب زيد أصوله وفروعه ؟ فيه أوجه ، أصحها عند الأكثرين : لا يدخل الأبوان والأولاد ، ويدخل الأجداد والأحفاد ، لأن الوالد والولد لا يعرفان بالقريب في العرف ، بل القريب من ينتمي بواسطة . والثاني : لا يدخل أحد من الأصول والفروع . والثالث : يدخل الجميع ، وبه قطع المتولي . وقد ادعى

---

(١) فيه أمران :

أحدهما : وفي عبارته إيهام جواز صرفه إلى أقاربه الوارثين وليس كذلك كما نص عليه الشافعي وجزم به الصيمري والماوردي وصاحب البيان وغيره لأن الوصية للوارث لا تصح . (وحكاه صاحب التقريب عن ابن سريج) .

الثاني : قضية إلحاق هذه المسألة بالوكيل في البيع كما سبق من كلام الشافعي أنه لا يجوز للوصي أن يدفع منه شيئاً لولده كما لا يبيع له وهو ما حكاه الهروي في الاشراف فقال : إذا قال ضع ثلثي حيث شئت قال الشافعي : لا يضعه في نفسه وابنه وزوجته ولا ورثة الموصي إلا فيما لا مصلحة فيه للميت . انتهى .

الأستاذ أبو منصور الإجماع على أنه لا يدخل الأبوان والأولاد ، ويعتبر أقرب جد ينسب إليه الرجل ، ويعدُّ أصلاً وقبيلة في نفسه ، فيرتقي في بني الأعمام إليه ، ولا يعتبر من فوقه . حتى لو أوصى لأقارب حسنيٍّ ، أو أوصى حسنيٌّ لأقارب نفسه ، لم يدخل الحسينيون ، وكذلك وصية المأموني لأقاربه . والوصية لأقارب المأموني لا يدخل فيها أولاد المعتصم وسائر العباسية . والوصية لأقارب الشافعي رضي الله عنه في زمانه ، تصرف إلى أولاد شافع ، ولا يدخل فيها أولاد علي والعباس رضي الله عنهما وإن كان شافع وعلي والعباس كلهم أولاد السائب بن عبيد . والشافعي هو محمد بن إدريس ، بن العباس ، بن عثمان ، بن شافع ، بن السائب ، بن عبيد ، ابن عبد يزيد، بن هاشم ، بن عبد المطلب ، بن عبد مناف . ولو أوصى رجل لأقارب بعض أولاد الشافعي في هذه الأزمنة ، دخل فيه أولاد الشافعي دون غيرهم من أولاد شافع . وعلى هذا القياس .

فرع : إذا أوصى لأقاربه ، فإن كان أعجمياً ، دخل قرابة الأب والأم . وإن كان عربياً ، فوجهان . أصحهما وبه قطع العراقيون وهو ظاهر نصه في « المختصر » : دخولهم من الجهتين كالعجم . والثاني : لا تدخل قرابة الأم ، ورجحه الغزالي ، والبغوي ، لأن العرب لا تفتخر بها .

فرع : لا فرق في جميع ما ذكرناه بين قوله : أوصيت لأقاربي ، أو لقرابتي ، أو لذي قرابتي أو ذوي رحمي ، أو ذوي قرابتي ، أو ذوي رحمي ، لكن قرابة الأم تدخل في لفظ الرحم بلا خلاف في وصية العرب والعجم جميعاً .

فرع : إذا لم يوجد إلا قريب واحد ، صرف المال إليه إن أوصى لذي قرابته ، أو ذي رحمه ، أو لقرابته ، لأنه يوصف به الواحد والجمع . فإن كان اللفظ : لأقاربي ، أو أقربائي ، أو ذوي قرابتي ، أو ذوي رحمي ، فثلاثة أوجه . الأصح : أنه يعطى كل المال . والثاني : نصفه . والثالث : ثلثه ، وتبطل الوصية في الباقي . وإن كان هناك جماعة محصورة ، قسم المال بينهم بالسوية ، ويجب استيعابهم على الصحيح . وحكى الحناطي وجهاً : أنه يجوز صرفه إلى ثلاثة منهم . وإن كانوا غير محصورين ، فهو كالوصية للعلوية والقبائل العظيمة ، وسيأتي بيانه إن شاء الله تعالى قريباً .

الثامنة : أوصى لأقرب أقارب زيد ، دخل فيها الأبوان والأولاد . فإن اجتمع أب وابن ، فوجهان . وقيل : قولان . أحدهما : يسوى بينهما ، لاستوائهما في الرتبة ، فعلى هذا يقدم الأب على الابن . وأصحهما وبه قطع طوائف : يقدم الابن لقوته وعصوبته . فعلى هذا ، الأولاد مقدمون على من سواهم ، ثم يليهم البطن الثاني ، ثم الثالث ، إلى حيث ينتهون . ويستوي أولاد البنين والبنات . وإن لم يكن أحد من الأولاد والأحفاد ، قدم الأبوان ، ثم بعدهما الأجداد والجدات ، إن لم يوجد الاخوة والأخوات ، يقدم الأقرب فالأقرب منهم . أو الاخوة والأخوات ، إن لم يوجد الأجداد والجدات ، فإن اجتمع جد وأخ ، قدم الأخ على الأظهر . والثاني : يستويان . وقيل : يقدم الأخ قطعاً . ويجري هذا الخلاف في الجد أبي الأب ، والجد أبي الأم ، مع الأخ للأم والأخ لأب . فإن قلنا بالتسوية ، فالجد أولى من ابن الأخ . وإن قدمنا الأخ ، فكذا ابنه وإن سفل . والمذهب تقديم ابن الأخ على أبي الجد . وقيل بطرد الخلاف . ثم يقدم بعدهم أولاد الاخوة والأخوات ، ثم الأعمام والعمات ، ويساويهم الأخوال والخالات ، ثم أولاد هؤلاء . والأخ من الجهتين ، يقدم على الأخ من إحداهما ، لزيادة قرابته . كذا قطع به الجمهور ، وهو المذهب ، وحكى الحناطي والإمام عن بعضهم في تقديمه قولين كولاية النكاح . والأخُ من الأب ، والأخ من الأم ، يستويان . وكذا القول في أولاد الاخوة ، والأعمام ، والأخوال ، وأولادهم . وفي تقديم الجدة من جهتين على الجدة من جهة ، وجهان كالوجهين ، ترجيحها في الميراث . ويحصل مما ذكرناه أنه إذا اجتمع أولاد إخوة مفترقين وأولاد أخوات مفترقات ، فالمال لولد الأخ من الأبوين وولد الأخت من الأبوين ، فإن لم يوجد أولاد الاخوة والأخوات من الأبوين ، فأولادهم من الأب وأولادهم من الأم سواء . هذا إذا استوت الدرجة . فإن اختلفت ، قدم الأقرب من أي جهة كان . فيقدم الأخ من الأب على ابن الأخ للأبوين ، ويقدم ابن الأخ للأب وابن الأخ للأم على ابن الأخ للأبوين ، لأن جهة الأخوة واحدة . فروعي قرب الدرجة . فأما إذا اختلفت الجهة ، فالبعيد من الجهة القريبة يقدم على القريب من الجهة البعيدة . فيقدم ابن ابن الابن على الأخ . ويقدم ابن ابن الأخ وإن سفل على العم . ولا يرجح في هذا الباب بالذكورة ، ولا ينظر إلى الورثة ، بل يستوي في الاستحقاق ، الأب ، والأم . وكذا الابن والبنت ، وكذا الأخ والأخت ، كما يستوي

المسلم والكافر ، ويقدم ابن البنت على ابن ابن الابن ، وكل ذلك لأن الاستحقاق منوط بزيادة القرب .

فرع : أوصى لجماعة من أقرب أقارب زيد ، فلا بد من الصرف إلى ثلاثة ، فإن كان له في الدرجة القربى ثلاثة ، دفع إليهم . وإن كانوا أكثر ، وجب تعميمهم على الأصح ، لئلا تصير وصية لغير معين ، بخلاف الفقراء ، لأن المراد بهم الجهة . وقيل : لا ، فيختار الوصي ثلاثة منهم . فإن كانوا دون الثلاثة ، تممنا الثلاثة ممن يليهم ، فإن كان له ابنان ، وابن ابن ، دفع إليهم . وإن كان ابن ، وابن ابن ، وابن ابن ابن ، دفع إليهم . وإن كان ابن ، وابنا ابن ، فكذلك . وإن كان ابن وابن ابن ، وبنو ابن ابن ، دفع إلى الابن وابن الابن . وهل يدفع معهما إلى واحد من الدرجة الثالثة ، أم يعمَّمون ؟ فيه الوجهان . وإذا قلنا : يعمَّمون ، فالقياس التسوية بين كل المدفوع إليهم . وفي تعليق الشيخ أبي حامد : أن الثلث لمن في الدرجة الأولى ، والثلث لمن في الثانية ، والثلث لمن في الثالثة . هذا ما نص عليه الشافعي ، وقاله الأصحاب في هذا الفرع : وكان الأشبه أن يقال : إنها وصية لغير معين .

قلت : الصواب ، ما نص عليه ، وقاله الأصحاب . والله أعلم .

فرع : أوصى لأقرب أقارب نفسه ، فالترتيب كما ذكرنا ، لكن لو كان الأقرب وارثاً ، صرفنا إلى من يليه ممن ليس بوارث ، إن لم نصحح الوصية للوارث ، أو صححناها فلم يجزها سائر الورثة ، كذا نقله البغوي وغيره ، وهو تفريع على أنه لو أوصى لأقارب نفسه ، لم تدخل الورثة بقرينة الشرع . أما إذا قلنا : يدخلون ، ويوزَّع عليهم وعلى من ليس بوارث ، فهنا تبطل الوصية ، إلا أن يتعدد الأقربون ويكون فيهم وارث وغير وارث .

التاسعة[1] : آل رسول الله ﷺ : هل هم بنو هاشم وبنو المطلب فقط ، أم جميع أُمته ؟ فيه وجهان ذكرناهما في « كتاب الصلاة » . أصحهما : الأول . ولو أوصى لآلِ غيره ﷺ ، فوجهان . أحدهما : بطلان الوصية ، لإبهام اللفظ وتردُّده بين

---

(١) في ط المسألة التاسعة .

القرابة وأهل الدين وغيرهما . وأصحهما : الصحة ، لظهور أصل له في الشرع . وعلى هذا قال الأستاذ أبو منصور : يحتمل أن يكون كالوصية للقرابة ، ويحتمل أن يفوَّض إلى اجتهاد الحاكم . فإن كان هناك وصي ، فهل المتبع رأي الحاكم ، أم الوصي ؟ حكى الإمام فيه وجهين ، ولم يذكروا أن الحاكم والوصي يتحريان مراد الموصي أم أظهر معاني اللفظ بالوضع أو الاستعمال . وينبغي أن يقال : المرعيُّ مراده إن أمكن العثور عليه بقرينة ، وإلا ، فأظهر المعاني .

قلت : وهذا الذي اختاره الرافعي هو الراجح المختار . والله أعلم .

فرع : في أهل بيت الرجل وجهان . أحدهما : الحمل على ما يحمل عليه الآل . وأصحهما : دخول الزوجة أيضاً . وفي أهله دون لفظ البيت وجهان . أحدهما : الحمل على الزوجة فقط . والثاني : على كل من تلزمه نفقته . فعلى الأول لو صدرت الوصية من امرأة ، بطلت .

قلت : ينبغي أن لا تبطل ، بل يتعين الوجه الثاني ، أو يرجع فيه إلى العرف . والأرجح من الوجهين الثاني . والله أعلم .

العاشرة(١) : آباء فلان : أجداده من الطرفين . وأمهاته : جداته من الطرفين . هكذا ذكره أبو منصور وغيره . وحكى الإمام وجهين . أحدهما : هذا . وأصحهما عنده : لا يدخل الأجداد من جهة الأم في الآباء ، ولا الجدات من جهة الأب في الأمهات . ولا خلاف في شمول الأجداد والجدات الطرفين ، ولا يدخل في الاخوة والأخوات .

الحادية عشرة(٢) : الأَخْتَانُ أزواج البنات ، ولا يدخل فيه أزواج العمات والخالات . وفي أزواج الأخوات وجهان . أصحهما عند الإمام : المنع . ويدخل أزواج الحوافد إن قلنا بدخول الأحفاد في الوصية للأولاد . وفي وجه : يدخل زوج كل ذات رحم محرم . ثم الاعتبار بكونه زوجها عند الموت . فلو كانت خليَّة يوم الوصية ، منكوحة يوم الموت ، استحق زوجها . وإن كانت مزوَّجة يوم الوصية ،

---

(١) في ط المسألة العاشرة .

(٢) في ط المسألة الحادية عشرة .

مطلّقة يوم الموت ، فإن كان الطلاق رجعياً ، استحق ، وإلا ، فلا . وإن أبانها بين الموت والقبول ، استحق إن قلنا : يستحق الوصية بالموت أو موقوفة . وإن قلنا : بالقبول ، فوجهان . ويجري الخلاف فيمن تزوجت بعد الموت وقبل القبول .

فرع : أحماء الرجل أبوا زوجته . وفي دخول أجدادها وجداتها تردُّد حكاه الإمام ، ولا يدخل أبوا زوجة الأب ، وأبوا زوجة الابن ، والأصهار كالأحماء ، كذا نقله الأستاذ أبو منصور ، وإمام الحرمين . وفي « أمالي » السرخسي : أن كل رجل من المحارم ، فأبو زوجته ، حمو . وأن الأصهار يشمل الأختان والأحماء .

قلت :[١] وهذا الذي قاله السرخسي هو المعروف عند أهل اللغة . والله أعلم .

فرع : يدخل في المحارم ، كل محرم بالنسب ، أو بالرضاع ، أو بالمصاهرة .

فرع : الأولاد ، والذرية ، والعقب ، والنسل ، والعِترة ، على ما ذكرناه في الوقف .

فرع : قال : لورثة فلان ، فلمن ورثه من ذكر أو أنثى بنسب أو سبب بالسوية ، لا على مقادير الإرث . فإن لم يكن له وارث خاص ، وصرف ماله إلى بيت المال ، بطلت الوصية . وإن ورثه بنت واحدة ، ولم يحكم بالرد ، استحقت جميع الوصية على الأصح ، وقسطها في الآخر . ولو مات الموصي ، وبقي الذي أوصى لورثته أو عقبه حياً ، فالمنقول عن الأصحاب : بطلان الوصية ، لأنه لا يورث ، ولا يعقبه أحد في حياته . وقال الإمام : الظاهر عندي صحتها في لفظ العقب إن كان له أولاد ، لأنهم يسمون عقبه في حياته . قال : ومثل هذا محتمل في لفظ الورثة . وعلى هذا ، فيوقف إلى أن يموت فيتبين من يرثه .

قلت : هذا الذي اختاره الإمام في العقب ، هو الذي قطع به صاحب « العدة » وجعله مذهبنا ، وجعل البطلان مذهب أبي حنيفة . وهذا هو الراجح إن شاء الله تعالى . والله أعلم .

---

(١) في ط هذا .

ولو أوصى لعصبة فلان ، لم يشترط في الاستحقاق كون فلان ميتاً يوم موت الموصي قطعاً ، بخلاف ما ذكروه في لفظ الورثة والعقب . ثم أولادهم بالتعصيب ، أولادهم بالوصية .

الثانية عشرة(١) : الوصية للموالي على ما ذكرناه في الوقف . فإن كان له موالٍ من أعلى ، وموالٍ من أسفل ، ففيه الأوجه السابقة ، وفي قول عن رواية البويطي : يوقف إلى الاصطلاح . أما إذا لم يكن إلا أحدهما ، فيصرف المال إليه . فإن اقتضى الحال الحمل على الأسفل ، أو صرح به ، استحق كل من عتق عليه بتبرُّع ، أو ملك ، أو نذر ، أو كفارة . وفي أم الولد والمدبّر وهما يعتقان بموته وجهان .

قلت : الأصح : لا يدخلان ، إذ ليسا من الموالي ، لا حال الوصية ، ولا حال الموت . والله أعلم .

الثالثة عشرة(٢) : يتامى القبيلة ، هم الصبيان الفاقدون لآبائهم . وفي اشتراط الفقر فيهم ، وجهان . أشبههما ما قيل في الغنيمة : نعم ، وبه قطع أبو منصور . ثم إن انحصروا ، وجب تعميمهم ،وإلا ، جاز الاقتصار على ثلاثة .

فرع : العميان ، والزَّمنى ، كالأيتام في التفصيل والخلاف .

قلت : قطع صاحب « العدة » بعدم اشتراط الفقر في الزمنى ، قال : ومثله الوصية لأهل السجون ، وللغارمين ، وتكفين الموتى ، وحفر القبور ، ويدخل في كل ذلك الغني ، والفقير . والمختار طرد الخلاف . والله أعلم .

الرابعة عشرة(٣) : اسم الأرامل ، يقع على من مات زوجها ، والمختلعة ، والمبتوتة ، دون الرجعية ، والأيامى غير ذوات الأزواج ، هذه عبارة الأستاذ ، وبها أخذ الإمام وقال : الفرق ، أن الأرملة : من كان لها زوج ، والأيم لا يشترط فيها تقدم زوج ، ويشتركان في اشتراط الخلو عن الزوج في الحال . وعبارة صاحبي « المهذب » و « التهذيب » : لا يعتبر تقدم زوج في الأرملة . وفي اشتراط الفقر ،

(١) في ط المسألة الثانية عشرة .

(٢) في ط المسألة الثالثة عشرة .

(٣) في ط المسألة الرابعة عشرة .

الوجهان المذكوران في الأيتام . وقطع الإمام بالاشتراط هنا . [وفي دخول رجل لا زوجة له في الأرامل وجهان](١) .

قلت : الأصح تخصيص الأرملة بمن فارقها زوجها ، ونقله إمام الحرمين عن نص الشافعي ، وهو المفهوم في العرف . والأصح : أن الرجل لا يدخل في الأرامل . والله أعلم .

فرع : ثيّب القبيلة : النساء دون الرجال على الأصح . وعلى الثاني : يدخل الرجال الذين أصابوا . وفي الأبكار هذا الخلاف .

الخامسة عشرة(٢) : المعترّون من الأقارب ، هم الذين يتعرَّضون ولا يَسألون ، وذوو القنوع : الذين يَسألون .

السادسة عشرة(٣) : غلمان القبيلة ، وصبيانهم ، والأطفال ، والذراري : هم الذين لم يبلغوا . واختلفوا في الشيوخ ، والشبان ، والفتيان ، ففي « المهذب » و «التهذيب» : أن الشيوخ : من جاوزوا أربعين سنة . والفتيان والشبان : من جاوز البلوغ إلى الثلاثين . والمفهوم منه ، أن الكهول : من الثلاثين إلى الأربعين . ونقل الأستاذ عن الأصحاب أنهم قالوا : إن الرجوع في ذلك إلى اللغة ، واعتبار لون الشعر في السواد والبياض والاختلاط ، ويختلف ذلك باختلاف أمزجة الناس .

قلت : هذا المنقول عن « المهذب » و « التهذيب » قاله أيضاً آخرون ، وهو الأصح المختار . وصرح الروياني وغيره بأن الكهول : من جاوز ثلاثين إلى أربعين . وكذا قال أهل اللغة : إنه من جاوز الثلاثين . لكن قال ابن قتيبة : إنه يبقى حتى يبلغ خمسين . وقد أوضحت هذه الأسماء مع اختلاف العلماء فيها وما يتعلق بها في « تهذيب الأسماء » . ومن المسائل المتعلقة بما سبق ، لو أوصى للحجيج ، قال صاحب « العدة » : يستحب دفعه إلى فقرائهم ، فإن صرف إلى فقرائهم وأغنيائهم ، جاز ، لشمول الاسم . وينبغي أن يطرد فيه الوجهان ، كالأيتام ، والأرامل . واشتراط الفقر هنا أرجح . والله أعلم .

---

(١) سقط في الأصل وما أثبتناه من ط .
(٢) في ط المسألة الخامسة عشرة .
(٣) في ط المسألة السادسة عشرة .

فصل : إذا أوصى لزيد وجماعة معه . فإما أن يكونوا موصوفين ، أو معيَّنين .

الحال الأول : موصوفون ، غير محصورين ، كالفقراء ، والمساكين . وفي زيد أوجه . أصحها : أنه كأحدهم ، فيجوز أن يعطى أقل ما يتموَّل ، ولكن لا يجوز حرمانه وإن كان غنياً . والثاني : أنه يعطى سهماً من سهام القسمة . فإن قسم المال على أربعة من الفقراء ، أعطي زيد الخمس . وإن قسمه على خمسة ، فالسدس ، وعلى هذا القياس . والثالث : لزيد ربع الوصية ، والباقي للفقراء ، لأن أقل من يقع عليه اسم الفقراء ثلاثة . والرابع : له النصف ، ولهم النصف . والخامس : إن كان فقيراً ، فهو كأحدهم ، وإلا ، فله النصف . والسادس : إن كان غنياً فله الربع ، لأنه لا يدخل فيهم وإلا فالثلث ، لدخوله فيهم . والسابع : أن الوصية في حق زيد باطلة ، لجهالة من أضيف إليه ، حكاه السرخسي في « الأمالي » ، وهو ضعيف جداً . ولا بد على اختلاف الأوجه من الصرف إلى ثلاثة من الفقراء .

هذا كله إذا أطلق ذكر زيد . أما إذا وصفه بصفة الجماعة ، فقال : لزيد الفقير ، وللفقراء ، فيجري الخلاف فيما لزيد إن كان فقيراً . ومنهم من خص الأوجه بهذه الحالة . وبقي القول بكونه كأحدهم عند الإطلاق . وإن كان غنيّاً ، فلا شيء له ، ونصيبه للفقراء إن قلنا : إنه كأحدهم ، وإلا ، فهو لورثة الموصي . وإن وصف زيداً بغير صفة الجماعة ، فقال : لزيد الكاتب ، وللفقراء ، قال الأستاذ أبو منصور : فله النصف بلا خلاف . ويشبه أن يجيء القول بأن له الربع إن لم تجىء باقي الأوجه . ولو أوصى لزيد بدينار ، وللفقراء بثلث ماله ، لم يصرف إلى زيد غير الدينار وإن كان فقيراً ، لأنه قطع اجتهاد الوصي بالتقدير ، ويحتمل الجواز . ولو أوصى لزيد ، وللفقراء والمساكين ، فإن جعلناه في الصورة السابقة كأحدهم ، فكذا هنا . وإن قلنا : له النصف ، فهنا الثلث . وإن قلنا : الربع ، فهنا السبع .

الحال الثاني : إذا كانوا معيَّنين ، نظر ، إن لم يكونوا محصورين كالعلويِّين ، فسنذكر الخلاف في صحة الوصية لهم إن شاء الله تعالى . فإن صححنا ، فالحكم كما إذا كانوا موصوفين . وإن لم نصحح ، قال المسعودي : هو كما لو أوصى لزيد وللملائكة ، وسيأتي بيانه إن شاء الله تعالى . وإن كانوا محصورين ، فهل هو

كأحدهم ، أم له النصف ؟ قال أبو منصور : فيه احتمالان ، أصحهما : الثاني[1] .
ثم حكى خلافاً في أن النصف الذي لهم ، يقسم بين جميعهم ، أم يجوز صرفه إلى ثلاثة منهم ؟ والصحيح وجوب القسمة بين الجميع .

فرع : له ثلاث أمهات أولاد ، فأوصى لأمهات أولاده ، وللفقراء والمساكين ، قال المتولي : الصحيح : أنه يقسم على الأصناف أثلاثاً . وعن أبي علي الثقفي : أنه يقسم على خمسة ، لأن أمهات الأولاد محصورات يجب استيعابهن ، والفقراء والمساكين غير محصورين ، فيجعل كل واحد من الصنفين مصرفاً ، وكل واحدة منهن مصرفاً .

فصل : الوصية لجماعة معيَّنين غير محصورين ، كالهاشميَّة ، والطالبيَّة ، والعلويَّة ، صحيحة على الأظهر ، كالفقراء . فعلى هذا ، يجوز الاقتصار على ثلاثة منهم ، ولا تجب التسوية بينهم ولا يشترط القبول ، كالفقراء . ومتى أوصى لبني فلان ، فإن عُدُّوا قبيلة ، كبني هاشم ، وبني تميم ، فهي كالوصية للعلوية . وفي جواز الصرف إلى إناثهم وجهان ، أصحهما : الجواز . وإن لم يُعَدُّوا قبيلةً ، كبني زيد وعمرو ، اشترط القبول والاستيعاب والتسوية . ولا يجوز الصرف إلى الإناث .

قلت : وتصح الوصية هنا قطعاً . والله أعلم .

فصل : أوصى لزيد وجبريل ، فوجهان . أصحهما : لزيد النصف ، وتبطل الوصية في الباقي . كما لو أوصى لابن زيد ، وابن عمرو ، ولم يكن لعمرو ابن ، أو لزيد وعمرو وابني بكر ، فلم يكن له إلا ابن اسمه زيد ، يكون النصف للموجود ، ويبطل الباقي . والثاني : أن لزيد الكل ، ويلغو ذِكْر من لا يملك ، بخلاف ما إذا ذكر معه من يملك . ويجري الوجهان في كل صورة أوصى لزيد ولمن لا يوصف

(١) إقرار الشيخ الأستاذ على ترجيح الثاني اختيار له لكن الشيخ قال : قيل ذلك فيما إذا أوصى لزيد وجماعة معه موصوفين غير محصورين كالفقراء والمساكين أن الأصح أن زيداً كأحدهم ووجهه التشبه بما إذا أوصى لزيد ولأولاد عمر فإن زيداً يكون كأحدهم وهذا محصور وساق الشيخ البلقيني النص وعزاه لنص الأم في باب ما لا يقضى فيه باليمين مع الشاهد وما يقضى ولفظه « فإن شهد الشاهد أنه تصدق به عليه وعلى أب معروفين محصورين فالأمر فيها على ما وضعت وتكون له حصة بقدر عددهم قلوا أو كثروا . انتهى ثم قال الشيخ البلقيني المعتمد ما نصه عليه صاحب المذهب وإن زيداً كأحدهم بالتفسير المذكور .

بالملك ، كالشيطان[(١)] ، والريح ، والحائط ، والبهيمة ، وغيرها . ولو أوصى لزيد ، وللملائكة ، أو للرياح ، أو للحيطان ، فإن جعلنا الكل لزيد ، فذاك ، وإلا ، فهل له النصف ، أم الربع ، أم للموصي أن يعطيَه أقل ما يتمول ؟ فيه الخلاف السابق في الوصية لزيد وللفقراء[(٢)] . ولو أوصى لزيد ولله تعالى ، فهل يكون لزيد الجميع وذِكْر الله تعالى للتبرّك ؟ أم له النصف والباقي للفقراء ؟ أم له النصف والباقي يصرف في وجوه القُرَب لأنها مصرف الحقوق المضافة إلى الله تعالى أم يرجع النصف الثاني إلى ورثة الموصي ؟ فيه أربعة أوجه ، أصحها : الثالث[(٣)] . وقدَّمنا وجهاً فيما إذا أوصى لأجنبي ووارث ، وبطلت في حق الوارث : أنها تبطل في حق الأجنبي أيضاً ، بناءً على تفريق الصفقة . وذلك الوجه مع ضعفه ، يلزم طرده في نصيب زيد في هذه الصور .

قلت : ولو قال : أوصيت بثلث مالي لله عزَّ وجلّ ، صرف في وجوه البر ، ذكره صاحب « العدة » وقال : هو قياس قول الشافعي رحمه الله[(٤)] . والله أعلم .

القسم الثاني : من أقسام الباب في الأحكام المعنوية. قد سبق أن الوصية بمنافع

---

(١) ما جزم به من أن الشيطان لا يملك فيه نظر لورود الأحاديث بأنه يأكل ويشرب وقد جعل النبي ﷺ العظم زاد الجن وغير ذلك وهذا يستدعي تصور الملك وعلى هذا فيصرف لزيد النصف ويكون كما لو أوصى والمجهول لتعذر الوصول إلى تمليك الشياطين .

(٢) ما ذكره في الرياح بصفة الجمع ظاهر ، وكلام ابن الرفعة يقتضي أنه لم يظفر بنقل فيه فإنه قال : إن الغزالي سوى بين أوصيت لزيد والريح والرياح وكان يشبه فيما إذا قال لزيد وللرياح أن يكون فيما لزيد وللفقير الأجل صيغة الجمع ولم أر من قال به هذا كلامه وهو عجيب وقال صاحب التعجيز في شرحه فرع الرياح كالريح وقيل أنها جمع فيخرج على الوصية لزيد وقبيله إذا لم يصح للقبيلة . انتهى .

(٣) إطلاق التصحيح ليس بمطابق فإن الرافعي إنما حكاه عن الأستاذ فهو ناقل للتصحيح لا مصحح وفي الشرح الصحيح أنه أقوى .
وكما جعل الصرف للفقراء وفي وجوه القرب وجهين متقابلين وليس في الرافعي كذلك وإنما قال : والثاني للفقراء وعبارة الأستاذ « في وجوه القرب دون تخصيص بالفقراء ولا يلزم منه أنه وجه زائد ، والذي في الكفاية مقابل وجه في العراة وهو في سبيل الله تعالى . والحاصل أن الرافعي على القول الأصح لم يخص النصف الباقي بالفقراء بل قال إنه في سبيل الله يصرف في وجوه القرب فإثباته في الروضة هذا وجهاً آخر وجعله الأصح مستدرك .

(٤) وفي المجموع للمحاملي قال الشافعي في الأم : إذا قال ضع ثلثي حيث يريد الله أو قال ضعه في جهة الله أو في جهة الثواب فإنه يصرف إلى الفقراء والمساكين لأن ذلك جهة الله والثواب .

العبد والدار صحيحةٌ مؤبدةً ومؤقتةً ، وكذا بغلّة الدار والحانوت ، وكذا بثمار البستان التي تحدث على الأصح . ولو أوصى بخدمة عبد سنة ، ولم تُعيَّن صحت الوصية ، والتعيين للوارث . ويجوز أن يجعل له ثمرة بستانه العام ، فإن لم يثمر ، فثمرة العام القابل ، أو خدمة عبده العام ، فإن مرض ، فخدمة العام الثاني . ويجوز أن يوصيَ بخدمة عبده لرجل مدة حياة زيد . إذا تقرر هذا ، فالغرض الآن الكلام في مسائل الوصية بالمنافع ، وهو مبني على أصل ، وهو أن هذه الوصية تمليك للمنافع بعد الموت ، وليست مجرد إباحة ، كما أن الوصية بالأعيان تمليك لها بعد الموت . فلو مات الموصى له ، ورثت عنه كسائر حقوقه ، وله الإجارة والإعارة والوصية بها . ولو تلف العبد في يده ، لم يضمنه ، كما لا يضمن المستأجر . قال البغوي : وليس عليه مؤنة الردّ . هذا كله إذا أطلق الوصية ، أو قيدها بالتأبيد . والمراد بالتأبيد : استيعاب الوصية منفعة العبد مدة حياته . وكذا الحكم فيما لو أوصى بمنفعته مدةً مقدَّرة ، كشهر وسنة . وحكي وجه : أنها لا تنتقل إلى وارث الموصى له ، لا عند الإطلاق ، ولا إذا قدّر مدة ومات الموصى له قبل انقضائها . والصحيح المعروف الأول .

أما إذا قال : أوصيت لك بمنافعه حياتَك ، فهو إباحة ، وليس بتمليك ، فليس له الإجارة . وفي الإعارة وجهان[1] . وأما إذا مات الموصى له ، رجع الحق إلى ورثة الموصي . ولو قال : أوصيت لك بأن تسكن هذه الدار ، أو بأن يخدمك هذا العبد ، فهو إباحة أيضاً ، لا تمليك ، بخلاف قوله : أوصيت لك بسكناها ، وخدمته . هكذا

(١) قال في الخادم : ما جزم به من منع الاجارة خالفه في باب الاجارة فقطع بالجواز والموقع له في هذا تعليل صاحب التهذيب فإنه قال هنا : أما إذا قال أوصيت لك بمنافعه حياتك فهو إباحة ليس بتمليك فليس له أن يؤاجره ، وقال في كتاب الإجارة ولو أوصى لإنسان بمنفعة داره ما عاش فمات الموصي وقبل الموصى له الوصية وأجرها جاز فإذا مات الموصى له في خلاف المدة تنفسخ الإجارة لأنه انتهى حق الموصى له هذا كلامه وتابعه على ذلك صاحب الكافي والرافعي وسبق هناك أن الصواب الجواز وأنهما مسألتان ثم بعد ذلك بأسطر ذكره شيخه البلقيني ، ولفظ الشيخ البلقيني بعد ذكره عن التهذيب ما تقدم لم يحك في التهذيب الوجهين في هذه بل حكاهما فيما إذا كانت صيغته أن يخدمك هذا العبد أو تسكن هذه الدار ولقائل أن يقول بطرد الوجهين في الصورة التي في الكتاب لأنه إنما أوصى بأن يخدمه أو يسكنها . وقضية هذا أن الخطاب ينصرف إلى نفس الموصى له فإذا أراد أن يُعيره لغيره ففيه وجهان من أجل فقدان معنى المخاطبة لكن في كلام البغوي شيء يقتضي طرد الوجهين في صورة الكتاب أيضاً وهو قوله لأنه إباحة وليس بتمليك . انتهى .

ذكره القفال وغيره . وفي « فتاوى » القفال أنه لو قال : أطعموا زيداً كذا رطلاً من الخبز من مالي ، اقتضى تمليكه ، كما في إطعام الكفارة . ولو قال : اشتروا خبزاً واصرفوه إلى أهل محلتي ، فسبيله الإباحة . هذا هو الأصل .

أما المسائل ، فإحداها : فيما يتعلق بجانب الموصى له ، فيملك إثبات اليد على العبد الموصى بمنفعته ، ويملك منافعه وأكسابه المعتادة ، من الاحتطاب ، والاحتشاش ، والاصطياد ، وأجرة الحرفة ، لأنها أبدال منافعه . ولا يملك الكسب النادر ، كالهبة واللقطة على الأصح ، لأنه لا يقصد بالوصية . وحكى الحناطي وأبو الحسن العبادي وجهاً في كل الأكساب ، وهو ضعيف ، وسيأتي دليله إن شاء الله تعالى . ولو أتت الجارية الموصى بمنفعتها بولد من نكاح أو زنا ، فثلاثة أوجه . أصحها وبه قطع العراقيون والبغوي : حكم الولد حكم أمِّه ، رقبته للورثة ، ومنفعته للموصى له ، لأنه جزءٌ منها[1] . والثاني : أنه للموصى له ، ككسبها . والثالث : لورثة الموصي ، لأنه غير المنفعة . وإذا وطئت بشبهة ، أو زوِّجت ، ففي المهر وجهان . قطع العراقيون والبغوي بأنه للموصى له ، كالكسب . والمنسوب إلى المراوزة : أنه لورثة الموصي ، وبه قطع المتولي ، وصححه الغزالي ، وهو الأشبه ، لأنه بدل منفعة البضع ، ومنفعة البضع لا تجوز الوصية بها ، فكان تابعاً للرقبة . ولا يجوز للموصى له وطؤها بلا خلاف فإن وطىء ، لم يحدّ على الصحيح ، للشبهة . وقيل : يحدُّ ، كالمستأجر . ولو أولدها بالوطء ، لم تصر أم ولد له ، لكن الولد حر على الصحيح ، للشبهة . وقيل : رقيق وإذا قلنا : حر ، فإن قلنا : الولد المملوك كالكسب ، فلا قيمة عليه ، وإلا ، فعليه القيمة . ثم هل هي لمالك الرقبة ؟ أم يشترى بها عبد تكون رقبته لمالك العبد ومنفعته للموصى له ؟ وجهان . هذا ما ذكروه في هذه الصور ، ولم يفرِّقوا بين قوله : أوصيت بمنفعة العبد ، أو غلته ، أو خدمته ، أو كسبه ، وبمنفعة الدار ، أو سكناها ، أو غلَّتها . وكان الأحسن أن يقال : الوصية بالمنفعة تفيد استحقاق الخدمة في العبد ، والسكنى في الدار . والوصية بالخدمة والسكنى لا تفيد استحقاق سائر المنافع . ألا ترى أنه إذا استأجر عبداً للخدمة ، لا يملك تكليفه البناء ، والغراس ، والكتابة . وإذا استأجر داراً للسكنى ، لم يكن له أن

---

(١) لم يقطع البغوي بذلك على وجهين .

يعمل فيها عمل الحدَّادين والقصَّارين ، ولا أن يطرح الزبل فيها ، ولا يبعد أن يكون هـذا مرادهم وإن أطلقـوا ، بل ينبغي أن يقـال : الوصيـة بالغلة والكسب لا تفيـد استحقـاق السكنى والركـوب والاستخدام ، وبـواحد منهـا لا يفيد استحقـاق الغلة والكسب . وهذا يوافق الوجه السابق عن الحناطي والعبادي .

فـرع : هل ينفـرد الموصى لـه بالمسـافرة بـالموصى بمنفعتـه ؟ وجهان . أحدهما : لا ، كزوج الأمة . وأصحهما : نعم ، لاستغراقه المنافع .

المسألة الثانية : فيما يتعلق بجانب وارث الموصي ، وفيه أربعة فروع .

الأول : الوارث يملك إعتاق الموصى بمنفعته ، لأن رقبته له ، وأشار صاحب « الرقم » وغيره إلى خلاف فيه[١] . والمـذهب الأول ، لكن لا يجري إعتـاقه عن الكفارة على الأصح ، لعجزه عن الكسب . وإذا أعتق ، فالصحيح الذي قـطع به الجمهور : أن الوصية تبقى بحالها ، وتكون المنافع مستحقة للموصى له كما كانت ، كما إذا أعتق المستأجـر . ولا يرجـع العتيق بقيمة المنفعـة قطعـاً . وقيل : تبـطل الوصية ، نقله أبو الفرج الزاز، لأنه يبعد أن تكون منفعة الحر مستحقة أبداً . فعلى هذا في رجوع الموصى له على المعتق بقيمة المنافع وجهان .

قلت : لعل أصحهما الرجوع . والله أعلم .

وليس للوارث كتابة هذا العبد على الأصح[٢] ، لأن أكسابه مستحقة . ووجه الجواز توقع الزكاة ونحوها .

الفرع الثاني : إذا كانت الوصية بمنفعةِ مدّةٍ معلومة ، فنفقته على الوارث ، كالمستأجر . وإن كانت على التأبيد ، فثلاثة أوجه . أصحها : كذلك . والثاني : على الموصى له . والثالث : في كسبه . فإن لم يكن كسب ، أو لم يف بها ، ففي بيت المال[٣] . والفطرة كالنفقة ، ففيها الأوجه ، كذا قاله السرخسي وطائفة ، وقطع

---

(١) هذا الخلاف صرح به الماوردي وغيره .

(٢) ويشهد له نص الشافعي في البويطي في باب المكاتب إن كتابة العبد المستأجر بـاطلة وهذا أولى بالبطلان لإمكان استقلاله بانقضاء مدة الاجارة وهذا متأبد .

(٣) وأطلق الماوردي في نقل الثالث ولعله وجه رابع ، ثم رأيت الدارمي صرح به فقال نفقه على أربعة ، أوجه :

=

البغوي بأنها على مالك الرقبة . وعلف البهيمة ، كنفقة العبد . أما عمارة الدار الموصى بمنافعها ، وسقي البستان الموصى بثماره ، فإن تراضيا عليه ، أو تطوع أحدهما به ، فذاك ، وليس للآخر منعه . وإن تنازعا ، لم يجبر واحد منهما ، بخلاف النفقة ، لحرمة الزوج . وأشار بعضهم إلى طرد الخلاف في العمارة وسائر المؤن[1] .

الفرع الثالث : بيع الموصى بمنفعته مدة ، كبيع المستأجر . وأما الموصى بمنفعته على التأبيد ، ففي بيع الوارث رقبته أوجه . أصحها : يصح بيعها للموصى له بالمنفعة دون غيره . والثاني : يصح مطلقاً . والثالث : لا . والرابع . يصح بيع العبد والأمة ، لأنهما يتقرب بإعتاقهما ، ولا يصح بيع البهائم والجمادات . والماشية الموصى بنتاجها يصح بيعها ، لبقاء بعض المنافع والفوائد ، كالصوف ، والظهر . وإنما الخلاف فيما استغرقت الوصية منافعه .

الفرع الرابع : هل للوارث وطء الموصى بمنفعتها ؟ فيه أوجه . أصحها : ثالثها : يجوز إن كانت ممن لا تحبل ، وإلا ، فلا . فإن منعنا ، فوطىء ، فلا حد ، للشبهة ، وأما المهر ، فيبنى على أنها لو وطئت بشبهة لمن المهر ؟ فإن قلنا : للوارث ، فلا مهر عليه ، وإلا ، فعليه . فإن أولدها ، فالولد حر ، وعليه قيمته . وهل تكون القيمة للموصى له ؟ أم يشترى بها عبد يخدم الموصى له وتكون رقبته للوارث ؟ فيه الوجهان فيما إذا ولدت رقيقاً . وتصير الجارية أم ولد يعتق بموته مسلوبة المنفعة . وقيل : لا تصير ، وهو ضعيف .

المسألة الثالثة : في الجناية على العبد الموصى بمنفعته ، فإن قُتِل ، نظر ، إن كان قتلاً يوجب القصاص ، فلمالك الرقبة الاقتصاص ، فإذا اقتص ، بطل حق الموصى له ، كما لو مات ، أو انهدمت الدار ، وبطلت منافعها . وإن كان مما يوجب

= أحدها : على مالك المنفعة ، والثاني : على مالك الرقبة . والثالث : في بيت المال . والرابع : في كسبه مما فضل فللمالك منفعته وإن عجز فعلى بيت المال .

(١) هذا الذي جزم به من عدم إجبار أحدهما مخالف لما نقله في باب الرهن عن الروياني أن الراهن والمرتهن لو اتفقا على ترك سقي الثمرة مع إمكانه أنه لا يجوز وادعى الروياني أنه الأصح ووجهه ظاهر لأن تركه إضاعة المال وهو غير جائز . وسيأتي في آخر باب النفقات شيء يتعلق بذلك .

المال ، أو رجع إليه ، ففي القيمة المأخوذة أوجه . أصحها : يشترى بها عبد يقوم مقامه ، فتكون رقبته للوارث ، ومنافعه للموصى له . والثاني : أنها للوارث ، ولا شيء للموصى له ، كما لا حقَّ لزوج الأمة في بدلها . والثالث : أنها للموصى له خاصة . والرابع : توزَّع على الرقبة مسلوبة المنفعة ، وعلى المنفعة وحدها ، فتقوّم الرقبة بمنافعها ، ثم بلا منفعة ، فيكون لها قيمة ، لما في إعتاقها من الثواب وجلب الولاء . فقدر التفاوت هو قيمة المنفعة ، فيكون للموصى له ، والباقي للوارث . ويخرج على هذا الخلاف ما إذا قتله الوارث أو الموصى له ، فلا شيء على من لو كان القاتل غيره ، كانت القيمة مصروفة إليه . وإن جني عليه بقطع طرفه ، فطريقان . أحدهما : طرد الأوجه ، سوى الثالث . ولا يبعد تخريج الثالث أيضاً على هذه الطريقة تشبيهاً له بالولد . والطريق الثاني : القطع بأن الأرش للوارث ، واتفقوا على ترجيحه وإن ثبت الخلاف ، [وكان سببه أن العبد بقي منتفعاً به ، ومقادير المنفعة لا تنضبط ، وتختلف بالمرض والكِبَر ، وكان حق الموصى له باقٍ بحاله][1] .

المسألة الرابعة : في جنايته ، فإن اقتص منه ، بطل حقهما كموته . وإن وجب مال ، تعلق برقبته . فإن لم يفدياه ، بيع في الجناية ، وبطل حقهما . فإن زاد الثمن على الأرش ، قال أبو الفرج السرخسي : يقسم بينهما على نسبة حقهما . وينبغي أن يجيء فيه الخلاف السابق .

قلت : مجيء الخلاف هو الوجه . والله أعلم .

وإن فدياه ، استمر الحقان . وإن فداه مالك الرقبة ، فكذلك . وإن فداه الموصى له ، ففي وجوب الإجابة على المجنيِّ عليه وجهان . أحدهما : لا ، لأنه أجنبي عن الرقبة . وأصحهما : الوجوب ، لظهور غرضه . وهذا فيما إذا فدى أحدهما العبد بمنافعه . فلو فدى حصّته ، قال الحناطي : يباع نصيب صاحبه . وفيه إشكال ، لأنه إن فدى الوارث ، فكيف تباع المنافع وحدها ؟ وإن فدى الموصى له واستمر حقه ، فبيع الرقبة يكون على الخلاف السابق .

---

(١) سقط في الأصل وما أثبتناه من ط .

المسألة الخامسة : في كيفية حساب المنفعة من الثلث . فإن أوصى بالمنفعة أبداً ، فوجهان . ويقال : قولان . أصحهما عند الجمهور وهو نصه في اختلاف العراقيين وفي « الإملاء » وبه قال ابن الحداد إنه تعتبر الرقبة بتمام منافعها من الثلث ، لأنه حال بين الوارث وبينها ، ولأن المنفعة المؤبدة لا يمكن تقويمها ، لأن مدة عمره غير معلومة وإذا تعذر تقويم المنافع ، تعين تقويم الرقبة . والثاني أخرجه ابن سريج : أن المعتبر ما بين قيمتها بمنافعها ، وقيمتها مسلوبة المنافع ، واختاره الغزالي وطائفة . فعلى هذا ، هل تحسب قيمة الرقبة من التركة ؟ أم لا كما لا تحسب على الموصى له ؟ وجهان . أصحهما : الأول .

مثاله : أوصى بعبد قيمته بمنافعه ، مائة . ودون المنافع ، عشرة . فعلى المنصوص : تعتبر المائة من الثلث . ويشترط أن يكون له مائتان سوى العبد . وعلى الثاني المعتبر تسعون . فيشترط أن يبقى للورثة ضعف التسعين مع العشرة على وجه ، ودونها على وجه . أما إذا أوصى بمنفعته مدة ، كسنة ، أو شهر ، ففيه طرق . أحدها : طرد الخلاف ، كالوصية المؤبَّدة . والثاني : إن اعتبرنا هناك ما بين القيمتين ، فهنا أولى ، وإلا ، فوجهان . أحدهما : التفاوت . والثاني : الرقبة . والطريق الثالث : أن المعتبر من الثلث أجرة مثل تلك المدة . والرابع وهو أصحها : يقوَّم العبد بمنافعه ، ثم مسلوب منفعته تلك المدة ، فما نقص حسب من الثلث . وقيمة الرقبة في هذه الحالة ، محسوبة من التركة بلا خلاف .

ويتفرع على الخلاف صور .

إحداها : أوصى بمنفعة عبده ثلاث سنين ، ولا مال سواه ، إن اعتبرنا قيمة الرقبة من الثلث ، صحت الوصية في منافع الثلث ، وردَّت في الباقي . وإن اعتبرنا ما نقص ، وكان النقص نصف القيمة ، فهل تردّ الوصية في سدس العبد ؟ أم ينقص من آخر المدة سدسها ؟ وجهان . أصحهما الأول ، لأن قيمة المنافع تختلف بالأوقات .

الصورة الثانية : أوصى لرجل برقبته ، ولآخر بمنفعته . إن قلنا : يعتبر من الثلث تمام القيمة ، نظر فيما سواه من التركة ، وأعطي كل واحد حقه كاملاً أو غير كامل . وإن قلنا : المعتبر التفاوت ، فإن حسبنا الرقبة على الوارث ، إذا بقيت له ،

حُسب هنا كمال القيمة عليهما ، وإلا ، لم تحسب أيضاً على الموصى له بها . وتصح وصيته من غير اعتبار الثلث . كذا ذكره المتولي .

الثالثة : أوصى بالرقبة لرجل ، وأبقى المنفعة للورثة ، فإن قلنا : المعتبر من الثلث كمال القيمة ، لم تعتبر هذه الوصية من الثلث ، لجعْلنا الرقبة الخالية عن المنفعة كالتالفة . وإن قلنا : المعتبر التفاوت ، فإن حسبنا قيمة الرقبة على الوارث ، حسبت هنا قيمة الرقبة على أهل الوصايا ، وتدخل في الثلث ، وإلا ، فهنا يحسب قدر التفاوت على الوارث ، ولا تحسب قيمة الرقبة على أهل الوصايا .

الرابعة : العبد الموصى بمنفعته ، لو غصبه غاصب ، فلمن تكون أجرة المدة التي كانت في يد الغاصب ؟ قال في « التتمة » : إن قلنا : المعتبر من الثلث جميع القيمة ، فهي للموصى له ، وكأنه فوّت الرقبة على الوارث ، وإلا ، فوجهان . أحدهما : أنها للوارث ، كما لو غصب المستأجر . والصحيح : أنها للموصى له ، لأنه بدل حقه ، بخلاف الإجارة ، فإنها تنفسخ في تلك المدة فتعود المنافع إلى مالك الرقبة .

الخامسة : أوصى بثمرة بستانه ، يخرّج على الخلاف . ففي وجه : تعتبر جميع قيمة البستان من الثلث . وفي وجه : ما بين قيمته بمنافعه وفوائده ، وبين قيمته مسلوب الفوائد[1] . فإن احتمله الثلث ، فذاك ، وإلا ، فللموصى له القدر الذي يحتمله ، والباقي للوارث . فإن لم يحتمل إلا نصفه ، فله من ثمره كل عام النصف . والباقي للوارث .

---

(١) فيه أمران :

أحدهما : لم يحك هنا الوجه الثالث في العبد ، وقضية قوله يخرج على الخلاف جريان الأوجه السابقة في العبد كلها وسكوته في الوجه الثاني عن حكم الرقبة لا يدل على شيء وصرح في البيان بأن صاحب الوجه الثاني هو القائل بتقديم المنفعة على الموصى له والرقبة على الوارث مفرقاً بأن البستان قد يجف فتبطل الوصية بالمنفعة فثمرته ويمكن الوارث الانتفاع .

الثاني : هذا الخلاف فيما إذا أوصى له بها على التأبيد كما قيده في المهذب أما إذا أوصى بالثمرة مدة معلومة ففي البيان أن الرقبة تقوم في حق الوارث المنفعة من حق الموصى له وجهاً واحداً والظاهر أن مراده أن الرقبة لا تقوم على الموصى له ولا تترك بلا تقويم بل يقوم على الوارث قطعاً ولا يقوم على الموصى له سوى المنفعة ويجيء في طريق تقويم المنفعة الوجهان فيما لو أوصى بمنفعة العبد مدة معلومة .

فرع لابن الحداد : أوصى لرجل بدينار كل شهر من غلَّة داره ، أو كسب عبده ، وجعله بعده لوارث الرجل ، أو للفقراء والمساكين ، والغلَّة والكسب عشرة مثلاً ، فاعتبار هذه الوصية من الثلث كاعتبار الوصية بالمنافع مدة معلومة ، لبقاء بعض المنافع لمالك الرقبة ، فيكون المذهب فيهما : أن المعتبر من الثلث قدر التفاوت بين القيمتين . ثم ينظر ، فإن خرجت الوصية من الثلث ، قال ابن الحداد : ليس للورثة أن يبيعوا بعض الدار ويدَعُوا ما يحصل منه دينار ، لأن الأجرة تختلف ، فقد تنقص فتعود إلى دينار أو أقل ، فيكون الجميع للموصى له . وهذا إذا أرادوا بيع بعضها على أن تكون الغلة للمشتري . فأما بيع مجرد الرقبة ، فعلى ما سبق من الخلاف في بيع الوارث الموصى بمنفعته . وإن لم يخرج من الثلث ، فالزائد على الثلث رقبة وغلة للوارث يتصرف فيه كيف شاء . ولو كانت الوصية بعشر الغلة كل سنة ، فما سوى العشر للوارث يتصرف فيه كيف شاء[1] .

فرع : أوصى لشخص بدينار كل سنة ، حكى الإمام : أن الوصية صحيحة في السنة الأولى بدينار . وفيما بعدها قولان . أحدهما : الصحة ، لأن الجهالة لا تمنع صحة الوصية ، ولأن الوصية بالمنافع صحيحة لا إلى غاية . وأظهرهما : البطلان ، لأنه لا يعرف قدر الموصى به ليخرج من الثلث . فإن صححنا ، فإن لم يكن هناك وصية أخرى ، فللورثة التصرف في ثلثي التركة قطعاً . وفي ثلثها وجهان . أحدهما : ينفذ التصرف بعد إخراج الدينار الواحد ، لأنا لا نعلم استحقاق الموصى له في المستقبل . والثاني : أنه يوقف ، لأن الاستحقاق ثبت إلى أن يظهر قاطع . فإن قلنا بالتوقف ، وبقي الموصى له إلى أن استوعبت دنانيره الثلث ، فذاك . وإن مات ، فعن صاحب « التقريب » : أن بقية الثلث تسلَّم لورثة الموصي . قال الإمام : وفيه نظر ، لأن هذه الوصية إذا صححناها ، كالوصية بالثمار بلا نهاية ، فوجب انتقال الحق إلى ورثة الموصى له . وإن نفَّذنا تصرفهم ، فكلما انقضت سنة ، طالب الموصى له الورثة بدينار ، وكان ذلك كوصية تظهر بعد قسمة التركة . وإن كان هناك

(١) قال في الذخائر : وما قاله ابن الحداد صححه الأصحاب ، وقال ابن الصلاح : في فتاويه لم أجد لابن الحداد مخالف في صحة الوصية في هذه الصورة مع اشتمالها على إنشاء الوصية للفقراء حتى لا يوصي وبعد موت الموصي يجيز ثم لم يفسدها فدل على أن ذلك لا يؤثر .

وصايا أخر ، قال صاحب « التقريب » : يوزَّع الثلث بعد الدينار الواحد على أصحاب الوصايا ، ولا يتوقف . فإذا انقضت سنة أخرى ، استرد منهم بدينار ما يقتضيه التقسيط . قال الإمام : هذا بيّن إذا كانت الوصية مقيدة بحياة الموصى له . فأما إذا لم نقيِّد ، وأقمنا ورثته مقامه ، فهو مشكل لا يهتدَى إليه

فرع : لو انهدمت الدار الموصى بمنافعها ، فأعادها الوارث بآلتها ، هل يعود حق الموصى له ؟ وجهان . ولو أراد الموصى له إعادتها بآلتها ، فعلى الوجهين .

قلت : أصحهما العَود . والله أعلم .

المسألة السادسة : الوصية بالحج . الحج ضربان ، متطوَّع به ، ومفروض .

فالتطوع تصح الوصية به على الأظهر تفريعاً على صحة النيابة فيه . ثم هو محسوب من الثلث[1] ، ويُحَج عنه من بلده إن قيِّد به ، ومن الميقات إن قيِّد به . فإن أطلق ، فعلى أيهما يُحمل ؟ وجهان . أصحهما : من الميقات ، وإليه ميل أكثرهم . وهل يقدَّم حج التطوع في الثلث على سائر الوصايا ؟ قال القفال : هو على القولين في تقديم العتق على غيره من الوصايا . قال الشيخ أبو علي : لم أر هذا لأحد من الأصحاب ، بل جعلوا الوصية به مع غيره على الخلاف فيما إذا اجتمع حق الله تعالى وحقوق الآدميين[2] . وإذا لم يف الثلث ، أو حصة الحج منه بالحج ، بطلت الوصية ، وكذا لو قال : أحجوا عني بمائة من ثلثي ولم يمكن أن يحج بها . ولو قال : أحجوا عني بثلثي ، صرف ثلثه إلى ما يمكن من حجتين وثلاث فصاعداً . فإن

---

(١) هذا متفق عليه لأن ذلك تبرع مضاف إلى ما بعد الموت .
قال في المطلب : ولو كان معضوباً فاستأجر من يحج عنه تطوعاً في مرض موته وصرف فيه مالاً لم يحسب عليه من الثلث كما يصرفه في ملاذه وشهواته فكذلك إذا حصل لنفسه ذلك ففعل .

(٢) قيل فظاهره أن يكون الأصح تقديم الوصية بحج التطوع على الوصية للفقراء أو غيرهم وفيه وقفة .
قلت : ليس الأمر كذلك وإنما جاء هذا التوهم من اختلال فيما نقله المصنف عن الشيخ أبي علي وإنما حكى الشيخ أبو علي هذا التخريج فيما إذا اجتمع حج التطوع مع الوصية ويخرج من هذا أن حج التطوع وصدقة التطوع سيان وهي مسألة عزيزة النقل ولم يصرح بها غير العبادي في الزيادات فقال : الصدقة أفضل من حج التطوع في قول أبي حنيفة ، وهذا يحتمل في هذا الزمان انتهى وقد يفهم أن مذهبنا بخلافه وحيث قلنا بتقديم الحج فشرطه للحاج زيادة على أجرة المثل لم يقدم تلك الزيادة لا سبب التقديم مدة الحج فاجتمعت به وقيل يقدم لأن مصرفها الحج واستبعده الإمام قال في الذخائر : وهو ظاهر قول أكثر الأصحاب :

فضل ما لا يمكن أن يحج به . فهو للورثة[١] . ولو قال : أحجوا عني بثلثي حجة . صرف ثلثه إلى حجة واحدة . ثم إن كان الثلث أجرة المثل فما دونها ، جاز أن يكون الأجير أجنبياً ووارثاً . وإن كان أكثر ، لم يستأجر إلا أجنبي ، لأن الزيادة محاباة فلا تجوز للوارث[٢] .

الضرب الثاني : المفروض ، وهو حجة الإسلام وغيرها .

أما حجة الإسلام ، فمن مات وهي في ذمته ، قضيت من رأس ماله وإن لم يوص بها ، كالزكاة ، وسائر الديون . وإن أوصى بها ، نظر ، إن أضافها إلى رأس المال ، فهي تأكيد . وإن أضاف إلى الثلث ، قضيت منه ، كما لو أوصى بقضاء دينه من ثلثه . وتتضمن هذه الوصية ترفيه الورثة بتوفير الثلثين . وفي تقديم الحج على سائر الوصايا وجهان ـ وقال الشيخ أبو علي : قولان ـ يجريان فيما لو أوصى بقضاء دينه من الثلث . أحدهما : يقدم ، كما لو لم يوص فإنه يقدم ، وأصحهما : لا يقدم ، بل يزاحمها بالمضاربة ، لأنه وصية . ثم إن لم يف الثلث بالحج على الوجه الأول ، أو الحاصل من المضاربة على الثاني ، **كمل من رأس المال** ، كما لو قال : اقضوا ديني من ثلثي فلم يوف الثلث به ، وحينئذٍ تدور المسألة ، وسنوضح مثالها قريباً إن شاء الله تعالى . وإن أطلق ، فلم يضف إلى الثلث ، ولا إلى رأس المال ، حُج عنه من رأس المال على المذهب ، وبه قطع الجمهور ، سواء قرن به ما يعتبر من الثلث ، أم لا ، قيل : قولان . ثانيهما : انه من الثلث . وقيل : إن قرن ، فمن الثلث ، وإلا ، فمن رأس المال . ثم متى جعلنا الحج من رأس المال ، حج عنه من الميقات ، لأنه لو كان حيّاً ، لم يلزمه إلا هذا . وإذا جعلناه من الثلث إما لتصريحه ، وإما عند الإطلاق ، فوجهان . أصحهما : من الميقات أيضاً . فعلى هذا ، لو أوصى أن يحج عنه من بلده ، فلم يبلغ ثُلثه حجة من بلده ، حج من حيث أمكن . وإن لم يبلغ الحج من الميقات ، تُمِّم من رأس المال ما يتم به

---

(١) سكت في الحالة الأولى عن الفاضل هل يكون للوارث أو يكمل به نفسه الوصاية وقال في المطلب : لم أر فيه نقلاً .
قلت : والظاهر أنه للوارث ، وأفهم من كلامه أنه لو أمكن صرف الفاضل إلى العمرة لم يصرف وبه صرح الماوردي لأنه أوصى بالحج لا بالعمرة .

(٢) سقط من الأصل والمثبت من ط .

الحج من الميقات . والثاني : من بلده . فعلى هذا قال أبو إسحاق : إن أوصى بالحج من الثلث، فجميعه من الثلث. فإن أطلق، وجعلناه من الثلث، فالذي من الثلث مؤنة ما بين البلد إلى الميقات . فأما من الميقات ، فهو من رأس المال . وأما الحجة المنذورة ، ففيها وجهان . أصحهما : أنها كحجة الإسلام ، إلا أن ها هنا وجهاً أنها إذا لم يوص بها ، قضيت من الثلث ، وهو شاذ . والثاني : كالتطوعات ، لأنها لا تلزم بأصل الشرع . فعلى هذا ، إن لم يوص بها ، لم تقض . وإن أوصى بها ، كانت من الثلث[١] . ويجري الخلاف في الصدقة المنذورة[٢] والكفارات .

فرع : أوصى بحجة الإسلام من الثلث ، ولزيد بمائة ، والتركة ثلاثمائة ، وأجرة الحج مائة . فإن قدمنا الحج على سائر الوصايا ، صرف الثلث إلى الحج . وإن لم نقدِّم ، ووزَّعنا الثلث ، دارت المسألة ، لأن حصة الحج تكمَّل من رأس المال ، وإذا أخذنا شيئاً من رأس المال ، نقص الثلث . وإذا نقص ، نقصت حصة الحج[٣] ، فلا تعرف حصة الحج ما لم يعرف الثلث ولا يعرف الثلث ما لم يعرف المأخوذ من رأس المال ، ولا يعرف المأخوذ ما لم تعرف حصة الحج .

فالطريق أن نأخذ من التركة شيئاً لاكمال حصة الحج[٤] ، يبقى ثلاثمائة إلا شيئاً بقدر ثلثه ، وهو مائة إلا ثلث شيء ، يقسم بين الحج والموصى له نصفين ، فنصيب

---

(١) فيه أمور :
أحدها : هذا الخلاف إذا كان لالتزام في الصحة ، فإن كان في المرض فهي من الثلث قطعاً ، صرح به الفوراني في كتاب الحج . قال في الكفاية : وهو ظاهر ، نقله في البحر عن بعض أصحابنا بخراسان وأقره .
الثاني : ما ذكره في تحصيل الخلاف نازعه في المطلب لأن لكلامه تصريح بأنا نخرج ذلك من الثلث مع قولنا انه كواجب الشرع ، وأنه الوجه الثالث وإذا تأملت الوجه الثالث وجدته مفرعاً على قولنا انه محايد الشرع وبينهما فرق .
الثالث : أنا إذا فرعنا على أنها كالتطوع ولم يوص بها لا تقضى قطعاً وليس كذلك بل فيه وجه أنها تقضى من الثلث وإن لم يوص بها لأنذره لذلك يغن عن الوصية بخلاف التطوع . حكاه صاحب الذخائر وهو متجه .
(٢) وهذا الخلاف فيما إذا صدر النذر قبل المرض ، فإن صدر في المرض اعتبر من الثلث قطعاً .
(٣) وهذا حكاه الإمام عن الأصحاب .
(٤) سقط في الأصل والمثبت من ط .

الحج خمسون إلا سدس شيء ، فيضم الشيء المفرز إليه ، تبلغ خمسين وخمسة أسداس شيء تعدل مائة ، وذلك تمام الأجرة ، فيُسقط خمسين بخمسين ، تبقى خمسة أسداس شيء في مقابلة خمسين . وإذا كان خمسة أسداس الشيء خمسين ، كان الشيء ستين ، فعرفنا أن ما أفرزناه ستون ، فنأخذ ثلث الباقي بعد الستين ، وهو ثمانون ، ونقسمه بين الوصيتين ، تخص كلَّ واحدة أربعون ، والأربعون مع الستين ، تمام أجرة الحج .

فرع : أوصى أن يحج عنه تطوعاً ، أو حجة الإسلام من ثلثه بمائة ، وأوصى بما يبقى من الثلث بعد المائة لزيد ، وبثلث ماله لعمرو ، ولم تُجز الورثة ما زاد على الثلث ، فيقسم الثلث بين عمرو والوصيتين الأخريين نصفين . فإذا كان ثلث المال ثلاثمائة، كان لعمرو مائة وخمسون ، والباقي بين الحج وزيد . وفي قسمته وجهان . أحدهما قاله ابن خيران : تصرف خمسون إلى الحج ، ومائة إلى زيد ، لأن الوصيتين لو نفذتا يخص زيداً ثلثا الثلث . وأصحهما : تصرف مائة إلى الحج ، وخمسون لزيد . ولو كان الثلث مائتين ، فلعمرو مائة ، والمائة الباقية للحج على الأصح ، ولا شيء لزيد . وعلى الثاني : هي بين زيد والحج نصفان . ولو كان الثلث مائة ، قسمت بين الحج وعمرو نصفين ، ولا شيء لزيد في هذا الحال . وكذا لو لم توجد الوصية لعمرو ، بخلاف ما إذا كان الثلث فوق المائة . ولو أوصى أولاً بالثلث لعمرو ، ثم بالحج بمائة من الثلث ، ثم لزيد بما يبقى من الثلث بعد المائة ، فعن أبي إسحاق : أن الوصية لزيد باطلة ، لأن وصية عمرو استغرقت الثلث . وقال الجمهور : لا فرق بين التقديم والتأخير ، والوصية بالحج ولزيد وصية بثلث آخر ، وهذا شخص أوصى بالثلثين ، كمن أوصى لشخص بالثلث ، ثم أوصى لآخر بالثلث ، فإنه يوزَّع الثلث عليهما .

هذا كله تفريع على أن الحج لا يقدَّم في الثلث على سائر الوصايا . فأما إذا قدمناه ، فإن كان الثلث ثلاثمائة، والمائة المقدرة للحج أجرة مثل الحج ، أخذت المائة من رأس الثلث . وكيف يقسم الباقي بين زيد وعمرو ؟ قال ابن الحداد : نصفين ، لأن كل واحد منهما لو انفرد مع الحج لأخذ ما زاد على المائة . وغلطه جماهير الأصحاب وقالوا : يقسم الباقي بينهما على قدر وصيتهما . والوصية لزيد بالباقي ، وهو مائتان ، ولعمرو بالثلث ، وهو ثلاثمائة ، فيقسم الباقي بينهما على

خمسة ، لزيد ثمانون ، ولعمرو مائة وعشرون . ولو كانت الصُّوَر بحالها ، وأجرة مثل الحج خمسون ، أخذ من الثلث خمسون أولاً ، ثم قال ابن الحداد : يجعل الباقي نصفين ، نصفه لعمرو ، ونصفه الآخر ، للحج منه خمسون ، وباقيه لزيد . وقال الجمهور : بل يقسم الباقي بعد أجرة مثل الحج على أحد عشر سهماً ، لأن وصية عمرو في هذه الحالة بثلاثمائة ، وللحج وزيد بمائتين وخمسين ، والنسبة بينهما ما ذكرنا ، فلعمرو ما يخص ستة ، والباقي يقدم الحج منه بخمسين ، وباقيه لزيد . ولو كان الثلث مائتين ، فإن كانت أجرة مثل الحج مائة ، أخذت من رأس الثلث ، ثم على قول ابن الحداد : الباقي بينهما نصفان ، وعند الجمهور : يجعل بينهما على ثلاثة أسهم ، لأن الوصية لزيد بمائة ، ولعمرو بمائتين . وإن كان أجرة مثله خمسين ، أخذت خمسون أولاً ، والباقي على قول ابن الحداد بين عمرو والوصيتين الأخريين نصفين ، ثم يقدم الحج بخمسين من حصتهما ، وعند الجمهور : يقسم المال بعد الخمسين على سبعة أسهم ، لأنه أوصى لعمرو بمائتين ، وللحج وزيد بمائة وخمسين . فلعمرو ما يخص أربعة ، والباقي يؤخذ منه ، خمسون للحج والباقي لزيد . ولو كان الثلث مائة ، فإن كان أجرة مثل الحج مائة ، فلا شيء لزيد وعمرو . وإن كان خمسين ، أخذ للحج خمسون . ثم على قول ابن الحداد : الباقي بين الحج وعمرو نصفان . وعند الجمهور : للحج ثلث الباقي ، ولعمرو ثلثاه ، لأن الوصية في هذه الحالة ، للحج بخمسين ، ولعمرو بمائة . وإذا لم تف حصة الحج في هذه الصورة بالحج . فإن كانت لحجة تطوُّع ، بطلت . وإن كانت لحجة الإسلام ، كمَّلنا من رأس المال . وقد ذكرنا طريقه .

فصل : جرت العَادة بذكر ما يقع عن الميت بفعل غيره في هذا الموضع لمناسبته الحج عنه فالحج يؤدّى عنه إن كان فرضاً . ثم إن عين شخصاً وأوصى إليه فيه ، فعله عنه ، وارثاً كان أو غيره . وإن قال : أحجوا عني ، ولم يعين ، فللوارث أن يحج عنه بنفسه ، وله أن يأمر به أجنبياً . وإن لم يوص به أصلاً ، فللوارث أن يحج عنه ، وكذا للأجنبي إن أذن له الوارث ، وكذا إن لم يأذن على الأصح ، كقضاء الدين . ووجه المنع : افتقاره إلى النية ، فلا بد من استنابة . وأما حج التطوع ، فالنيابة جائزة على الأظهر كما سبق . فإن جوزناها ، فقال العراقيون : إن لم يوص

به ، لا يصح الحج عنه . وفي « أمالي » السرخسي : أن للوارث أن يستنيب ، وأنه إذا أوصى الميت إلى معيَّن ، فعل . ولو استقل به أجنبي ، فوجهان . أصحهما : المنع . وفي هذا الكلام تجويز الاستنابة للوارث ، وتجويز فعله بنفسه وإن لم يوص الميت . وأما أداء الزكاة عنه ، فكالحج الواجب ، فيجوز للأجنبي أن يؤدي عنه زكاة المال وزكاة الفطر على الأصح المنصوص . وأما الكفارة ، فإن كانت مالية ، فللوارث أن يؤديَ الواجب من التركة ، ويكون الولاء للميت إذا أعتق . وإن كانت مخيَّرة ، فله أن يطعم ، ويكسو . وفي الإعتاق وجهان . أحدهما ؛ المنع ، إذ لا ضرورة إليه . وأصحهما : الجواز ، لأنه نائبه شرعاً ، فإعتاقه كإعتاقه . ولو أدى الوارث من مال نفسه ، ولا تركة ، فالصحيح الجواز . وقيل بالمنع ، لبعد العبادة عن النيابة . وقيل : يمنع الإعتاق فقط ، لبعد إثبات الولاء للميت . فإذا جوزنا ، فلو تبرع أجنبي بالطعام ، أو الكسوة ، أجزأ على الأصح ، كقضاء الدين . واحتج الإمام[1] بأنه لو اشترطت الورثة ، لا يشترط صدوره من جميعهم ، كالإقرار بالنسب ، ولا يعتبر ذلك ، بل يستبدّ به كل واحد من الورثة . ولو تبرع الأجنبي بالعتق ، فقيل : على الوجهين . وقيل بالمنع قطعاً[2] . وأما إذا لم يكن على الميت عتق أصلاً ، فأعتق عنه وارث أو غيره ، فلا يصح عن الميت ، بل يقع العتق والولاء للمعتق . ولو أوصى بالعتق في الكفارة المخيَّرة ، وزادت قيمة الرقبة على قيمة الطعام والكسوة ، فوجهان . أحدهما : يعتبر من رأس المال ، لأنه أداء واجب . وأصحهما : الاعتبار من الثلث ، لأنه غير متحتم ، وتحصل البراءة بدونه . وعلى هذا وجهان . وقيل : قولان . أحدهما : تعتبر جميع قيمته من الثلث ، فإن لم يف به ، عدل إلى الإطعام . وأقيسهما : أن المعتبر من الثلث ما بين القيمتين ، لأن أقل القيمتين لازم لا محالة . ويجري الخلاف فيما إذا أوصى أن يُكسى عنه ـ والكسوة أكثر من الطعام ـ وسنعيد المسألة في « كتاب الأيمان » بزيادة إيضاح إن شاء الله

---

(١) في ط له الإمام .

(٢) لم يرجح شيئاً من الطريقين . قال في الخادم : وعبارة الرافعي تقتضي ترجيح طريقة القطع فإنه قال منهم من جعله على الوجهين وقطع قاطعون بالمنع . قال ـ أعني الزركشي ـ وهو قضية كلام القاضي أبي الطيب وابن الصباغ في باب كفارة الظهار ورجح في المنهاج طريقة الوجهين . انتهى ما أردته منه . ومحل الخلاف في الكفارة المخيرة . أما الكفارة المرتبة فصححنا هناك صحته من الأجنبي بناء على إحدى العلتين في المخيرة وهي سهولة التكفير بغير الإعتاق .

تعالى . ولو أعتق مَن عليه كفارة مخيّرة في مرض الموت ، قال المتولي : لا تعتبر قيمة العبد من الثلث ، لأنه مؤدٍّ فرضاً ، وهذا كأنه تفريع على الوجه القائل بأنه إذا أوصى به ، أعتق من رأس المال[١] .

فرع : وأما الدعاء للميت ، والصدقة عنه ، فينفعانه بلا خلاف . وسواء في الدعاء والصدقة ، الوارث والأجنبي . قال الشافعي رحمه الله : وفي وسع الله تعالى أن يثيب المتصدِّق أيضاً . قال الأصحاب : فيستحب أن ينويَ المتصدِّق الصدقة عن أبويه ، فإن الله تعالى ينيلهما الثواب ، ولا ينقص من أجره شيئاً[٢] . وذكر صاحب « العدة » : أنه لو أنبط عيناً ، أو حفر نهراً ، أو غرس شجرة ، أو وقف مصحفاً في حياته ، أو فعله غيره عنه بعد موته ، يلحق الثوابُ الميتَ . واعلم أن هذه الأمور إذا صدرت من الحي ، فهي صدقات جارية ، يلحقه ثوابها بعد الموت كما صح في الحديث[٣] ، وإذا فعل غيره عنه بعد موته ، فقد تصدّق عنه . والصدقة عن الميت

---

(١) قال ابن الرفعة : وقد لا يكون كذلك ، والكلام عليه في كتاب الإيمان .
قلت : والظاهر أنه ليس كما في الرافعي ، والذي قاله المتولي هنا جاز على الراجح لا المرجوح .

(٢) قال الشيخ عز الدين بن عبد السلام : ظاهر السنة وقوع الصدقة عن الميت وللمتصدق تراب بره للميت بخلاف الدعاء فإنه شفاعة أجرها للشافع ومقصودها المشفوع منه . وقال ابن أبي الدم في باب الإحصار : إذا كانت الصدقة تقع عن الميت بلا خلاف فلا يخلو إما أن يقع في يد الفقير عن ملك الميت أو عن ملك المتصدق فإن وقعت عن ملك المتصدق فكيف يثاب الميت على صدقة غيره بمال وفعل غيره وأن ليس للإنسان إلا ما سعى ، وإن وقعت عن ملك الميت فالميت لم يملك هذا المال في حياته وليس أهلاً للتمليك بعد موته إلا بسبب تقدم في حياته كنصب شبكة نصبها ثم مات فوقع فيها صيد فلم يوجد ناقل الملك إليه ولأن وجد منه سبب نقله إليه في حياته فلم يبق إلا أن يقال إذا كان الإجماع منعقداً على وقوع الصدقة عن الميت تعين أن يقدر حصول الملك له قبيل الصدقة لترتب على هذا النقل حصول الصدقة عنه أو يقال بقدر حصول الملك له قبيل موته وهو بعيد وكل هذا مشكل انتهى .
وليس المراد ما قال بل المراد أن ثواب الصدقة يحصل للميت بقصد المتصدق ذلك ومن هذا قال القاضي عياض : يكون انتفاع المتصدق عنه وإن لم يكن له فيه نية أن المتصدق وهب أُجرة منه ولا امتناع فيما قاله أن يتفضل إلا سبحانه وتعالى عند هبة الحي ثواب عمله للميت يجعل ثواب ذلك ثواب للميت .

(٣) عن النبي ﷺ أنه قال : « إذا مات الإنسان انقطع عنه عمله إلا من ثلاثة : من صدقة جارية أو علم ينتفع به ، أو ولد صالح يدعو له » . رواه أبو هريرة رضي الله عنه . (أخرجه مسلم في الصحيح =

تنفعه ، ولا يختص الحكم بوقف المصحف ، بل يجري في كل وقف . وهذا القياس يقتضي جواز التضحية عن الميت ، لأنها ضرب من الصدقة . وقد أطلق أبو الحسن العبادي جواز التضحية عن الغير ، وروى فيه حديثاً[1] . لكن في « التهذيب » أنه لا تجوز التضحية عن الغير بغير إذنه ، وكذلك عن الميت ، إلا أن يكون أوصى به .

فرع : وما عدا هذه القُرَب ، ينقسم إلى صوم ، وغيره ، فأما الصوم ، فلا يتطوع به عن الميت . وفي قضاء واجبه عنه قولان سبقا في الصيام . الجديد : المنع . والقديم : أنَّ لوليه أن يصوم عنه . وعلى هذا ، لو أوصى إلى أجنبي ليصوم ، كان كالولي . ولو مرض بحيث لا يرجى برؤه ، ففي الصوم عنه وجهان تشبيهاً بالحج . وأما غير الصوم ، كالصلاة عنه قضاءً أو غيره ، وقراءة القرآن ، فلا ينفعه . واستثنى صاحب « التلخيص » من الصلاة ركعتي الطواف ، وقال : يأتي بهما الأجير عن المحجوج عنه تبعاً للطواف . فوافقه بعض الأصحاب ، وقال بعضهم : يقع عن الأجير وتبرأ ذمة المحجوج عنه بما يفعل ، والأول أصح .

فرع : الذي يُعتاد من قراءة القرآن على القبر ، قد ذكرنا في كتاب الإجارة طريقين لعود فائدتها إلى الميت . وعن القاضي أبي الطيب طريق ثالث ، وهو أن الميت كالحي الحاضر ، فترجى له الرحمة ووصول البركة إذا وصل الثواب إلى القارىء .

فصل : إذا ملك في مرض موته من يعتق عليه ، فإن ملكه بالإرث ، فهل يعتق من الثلث ، أم من رأس المال ؟ وجهان ، رجح البغوي والمتولي كونه من الثلث ، والأصح : كونه من رأس المال ، وبه قطع الأستاذ أبو منصور . وفي كلام الشيخ أبي علي وغيره : ما يقتضي الجزم به ، لأنه لم يقصد تملُّكه ، ولا تضرَّر به الورثة . وإن ملكه بالهبة ، أو الوصية ، فإن قلنا في الموروث : يعتق من الثلث ،

= ٣/١٢٥٥) ، كتاب الوصية (٢٥) باب ما يلحق الإنسان من الثواب بعد وفاته حديث (١٦٣١/١٤) .

(١) عن حنش أنه قال : رأيت علياً يضحي بكبشين وقال : إن رسول الله ﷺ أوصاني أن أُضحي عنه ، فأنا أُضحي عنه » . (أخرجه أحمد في المسند ١ / ١٥٠ ضمن مسند علي بن أبي طالب رضي الله عنه) ، (وأبو داود في السنن ٣/٢٢٧-٢٢٨) ، (والترمذي في السنن ٤/٨٤) .

فهنا أولى ، لأنه مختار ، وإلا ، فوجهان . أصحهما : من رأس المال ، وبه قطع ابن الحداد وأبو منصور ، لأنه لم يبذل مالاً ، وزوال الملك حصل بغير رضاه . فإن قلنا : من رأس المال ، عتق وإن لم يكن له مال سواه . وكذا لو كان عليه دين مستغرق ، وكذا المفلس المحجور عليه إذا قبله ولا سبيل للغرماء عليه . وإن قلنا : يعتق من الثلث ، فلم يكن مال سواه ، عتق ثلثه فقط . وإن كان عليه دين ، لم يعتق ، وبيع في الدين ، وكذا في المحجور عليه بالفلس . ولو اشترى المريض من يعتق عليه ، وعليه دين ، ففي صحة الشراء وجهان . ويقال : قولان . أصحهما : الصحة ، إذ لا خلل في الشراء ، فيثبت الملك ، ولا يعتق ، لحق الغرماء . فإن لم يكن دين ، اعتبر عتقه من الثلث . فإن خرج كلُّه ، صح الشراء ، وعتق كله ، وإلا ، ففي صحة الشراء فيما زاد على الثلث الخلاف فيما إذا كان عليه دين . فإن قلنا : لا يصح ، ففي قدر الثلث الخلاف المذكور في تفريق الصفقة . وإن قلنا : يصح، عتق الثلث فقط . وفي وجه : شراء المريض أباه باطل مطلقاً ، لأنه وصية ، وهي موقوفة على الخروج من الثلث ، والبيع لا يوقف ، وهذا ضعيف . هذا كله إذا لم يكن محاباة . أما إذا اشتراه بخمسين ، وقيمته مائة ، فقدر المحاباة هبة، فيجيء فيه الوجهان في أنه من الثلث ، أو رأس المال ؟ فإن قلنا : من الثلث ، فجميع المائة من الثلث ، وإلا ، فالمعتبر منه خمسون . ثم متى حكمنا بعتقه من الثلث ، لا يرثه ، لأنه وصية ، ولا سبيل إلى الجمع بينها وبين الإرث . هكذا أطلقوه وعلَّلوه ، وكأنه تفريع على بطلان الوصية لوارث . فإن قلنا : يقف على إجازة الوارث ، لم يمتنع الجمع بينها وبين الإرث ، فيحتمل توقف الأمر على الإجازة ، ويحتمل خلافه[1] . وحكى الأستاذ أبو

---

(١) قال في الخادم : وقد جزم بالاحتمال الأول الفارقي في فوائده فقال : وتعليل الشيخ بأن الإرث والوصية لا يجتمعان هو على أحد القولين وعلى القول الآخر تصح الوصية للوارث مع الاجازة أي فإن أجاز وأصح العتق ويرث وإن لم يجيزوا بطل العتق .

قال صاحب الوافي : لا ينبغي التفريع مع الصحة مع الاجازة إذ ربما لا يجيزون فيؤدي إلى بطلان العتق بالكلية إلى آخر ما نقله عنه في الخادم وفي آخر كلامه نظر .

قال الزركشي في الخادم أيضاً : وفي كل من الاحتمالين نظر ، أما الأول فمن وجهين .

أحدهما : أن الذي يتوقف على الإجازة إنما هو التبرع لا الإرث والتبرع قد تقرر أولاً أنه من الثلث فكيف ينعكس أخراً ويقال بل يتوقف على الإجازة مطلقاً وهذا الاحتمال لشيخه البلقيني وبقية كلام شيخه وتحرير المقال أنه لا يخلو في أول الأمر أما أن يحسب ذلك من الثلث من غير توقف على إجازة الوارث أو يتوقف على الإجازة من أول الأمر لا جائز أن يتوقف على الإجازة من أول الأمر لما فيه من =

. . . .

= إبطال حق الميت في الثلث مع أن العتق وجد حين لا إرث ، وكان يلزم عليه أنه لو لم يكن له وارث خاص أو كان ولكنه صغير أنه لا يعتق منه شيء ولا قائل به ، وإذا أثبت أنه لا يتوقف على الاجازة من أول الأمر ثبت العتق من الثلث وإذا ثبت من الثلث فلا إرث لئلا يؤدي إلى الجمع بينهما للوارث ولا سبيل إلى التوقف على الاجازة في الإرث ولا في التبرع لما تقدم فلا إرث حينئذ سواء قلنا ان الوصية للوارث باطلة أو متوقفة على الاجازة لأن محل القولين فيمن صلح للإرث من غير توقف إرثه على الاجازة أما من لم يثبت له الحرمة إلا بعتق من الثلث فليس محل القولين على أن الرافعي لم يجزم بالبحث بل قال ويحتمل خلافه ، وقد حكاه المصنف ، والمعتمد ما قلناه :
وأيضاً فإنه لا سبيل إلى أن التبرع على الوارث يحسب من الثلث لأن الثلث خارج قهراً على الورثة ، والتبرع على الورثة يحتاج إلى الاجَازة فينافي موضوعها انتهى . والشيخان لا يقولان ان العتق موقوف على الاجازة لأنهما فرضا المسألة أنه خرج من الثلث وإنما نازعا من علل بأن الإرث والوصية لا يجتمعان فقالا : كأنه مفرع على أن الوصية للوارث باطلة أي وهذا عدم الإرث ظاهر ثم قالا فإن قلنا يقف على إجازة الوارث لم يمتنع الجمع بينهما وبين الارث أي فانتفى قولهم انه لا سبيل إلى الجمع بينهما وإذا تقرر أنه يمكن الجمع بين الإرث والوصية فانتفى منع تعليل الإرث بذلك ثم ذكر احتمالين :
أحدهما : توقف الأمر أي من الإرث على الإجازة أي فإن قلنا انها ابتداء عطية فلا إرث وإن قلنا تتقيد فالإرث .
والاحتمال الثاني : خلافه أي أن الإرث لا يتوقف على الاجازة فيرث ، وهذا هو الظاهر من كلام الشيخين .
وأما قول الشيخ البلقيني ان محل القولين فيمن صلح للإرشاد إلى آخره والظاهر أنه من تفقه الشيخ وقد تقدم كلام الفارقي وظهر بحمد الله تعالى أن ما ذكراه بحثا هو المنقول كما ذكره الفارقي وهذا من علو درجة الشيخين وبركتهما وكيف لا وتحرير المذهب راجع إليهما ، ثم ذكر الشيخ البلقيني جرياً على ما تقرر عنده فقال : يستنبط من ذلك أن من كانت له جارية ثم في مرض موته أعتقها ثم تزوجها أنها لا ترث لأن عتقها من الثلث ومن يعتق من الثلث لا يرث ، وهكذا أطلق صاحب الحاوي الصغير لكن لو كان للرجل مستولدة فاعتقها في مرض موته ثم تزوجها ثم مات فإنها ترث لأن عتقها لا يحسب من الثلث ولو لم يوجد العتق لعتقت بالموت من رأس المال إلى آخر ما ذكره .
وما ذكره الشيخ عن الحاوي الصغير مصرح به في الروضة في مسائل الدور الحكمي قبل الباب الثاني عشر في اختلاف الزوجين في النكاح فقال ما نصه ، أعتق أمة في مرض موته ونكحها على مهر سماه نظر إن لم يخرج من الثلث فحكمه ما ذكرناه في المسائل الدورية في كتاب الوصايا وإن خرجت من الثلث نظر إن كانت قدر الثلث بلا مزيد بأن كانت قيمتها مائة وله مائتان سواء فالنكاح صحيح ثم إن لم يجر دخول فلا مهر لها لأنه لو ثبت المهر لكان ديناً على الميت وحينئذ لا تخرج من الثلث ويرق بعضها وحينئذ يبطل النكاح والمهر فإثباته يؤدي إلى إسقاطه فيسقط وإن جرى دخول فقد ذكرنا حكمه في كتاب الوصايا وسواء دخل أم لا فلا ترث بالزوجية لأن عتقها وصية والإرث والوصية لا يجتمعان فلو أثبتنا الإرث لزم إبطال الوصية وهي العتق ، وإذا بطلت بطلت الزوجية ، وبطل الإرث إلى آخر ما ذكرا في هذا الباب لأنه لا يمتنع الجمع بينهما وذكرا ما تقدم وتقدم تقريره فمسألة الامة أيضاً مبنية على ذلك إن قلنا الوصية =

منصور وجهاً : أنه يرث ، لأنه لا يملك رقبته حتى يقال : أوصى له بها . والصحيح الأول . ومتى عتق من رأس المال ، ورث على الصحيح[(١)] وقال الاصطخري : لا يرث ، وجعل عتقه وصية في حقه . وإن لم تكن وصية في حق الوارث ، كما لو نكحت المريضة بدون مهر المثل ، تصح المحاباة من رأس المال إن كان الزوج أجنبياً . فإن كان وارثاً ، جُعل وصية ، فتبطل ويجب مهر المثل .

فصل : إذا قال : أعتقوا عبدي بعد موتي ، لم يفتقر إلى قبول العبد ، لأن لله تعالى حقاً مؤكداً في العتق ، فكان كالوصية للجهات العامة . ولو قال : أوصيت له برقبته ، فهي وصية صحيحة ، ومقصودها الإعتاق ، ويشترط قبوله على الأصح ، لاقتضاء الصيغة ذلك ، كقوله لعبده : ملَّكتك نفسك ، أو وهبت لك نفسك ، فإنه يشترط فيه القبول في المجلس . ولو قال : وهبتك نفسك ، ونوى به العتق ، عتق بلا قبول[(٢)] .

فصل : قال : إذا مت ، فاعتقوا ثلث عبدي ، أو قال : ثلث عبدي حر إذا مت ، لم يعتق إذا مات إلا ثلثه ، ولا يسري ، لأنه ليس بمالك للباقي في حال العتق ، ولا موسر بقيمته ، بخلاف ما لو أعتق المريض بعض عبده ، فإنه يسري إذا وفى به الثلث ، لأنه مالك للباقي . ولو ملك ثلاثة أعبد قيمتهم سواء ، لا مال سواهم ، فأعتق في مرضه ثلث كل واحد منهم ، فقال : ثلث كل واحد منهم حر ، أو أثلاثهم أحرار ، فهل يعتق من كل عبد ثلثه كما ذكر ؟ أم يقرع بينهم فيعتق واحد بالقرعة لتجتمع الحرية كما لو قال : أعتقت هؤلاء ؟ فيه وجهان . أصحهما : الثاني . ولو قال : أعتقت ثلثكم ، أو ثلثكم حر ، أقرع قطعاً . وقيل : فيه الوجهان .

= للوارث باطلة فلا إرث وإن قلنا موقوفة على الإجازة فلها الإرث كما تقدم تقريره وربما أعيد إن شاء الله تعالى الكلام على هذه المسألة حيث ذكرها المصنف مع زيادة إيضاح .

(١) ما صححه الشيخ هنا أن يعتق من رأس المال هو المعتمد عند جمع من المتأخرين منهم الشيخ البلقيني والشيخ الأذرعي وإن كان الشيخ في المنهاج رجح أنه من الثلث . قال الأذرعي : تبع المحرر والمحرر تبع البغوي على عادته ثم ضعف كلام المنهاج وبالغ الشيخ البلقيني في تضعيفه في تصحيح المنهاج .

(٢) قال في الخادم : صورة المسألة أن لا يلحقها كاف الخطاب والمغني وهبت لله نفسك أي جعلتها لله ، أما إذا وجد خطاب فلا بد من القبول وعنها احترز ـ يعني الرافعي بقوله إلا على طريق التمليك وغلط من فهم من كلامهما خلاف ذلك ، والثابت في نسخ الروضة الصحيحة ما أوردته كما في الرافعي .

ولو قال : أثلاث هؤلاء أحرار بعد موتي ، أو ثلث كل واحد ، عتق من كل عبد ثلثه ، ولا قرعة ، لِما ذكرنا أن العتق بعد الموت لا يسري ، لكن لو زاد ما أعتق على الثلث ، أقرع لرد الزيادة ، ولا للسراية . وفي « التهذيب » وغيره وجه : أنه يقرع ، كما لو نجز في المرض ، فمن خرجت له القرعة ، عتق ، ورق الآخران . والصحيح الأول ، وبه قال ابن الحداد ، وفرع عليه فقال : لو قال للثلاثة : النصف من كل عبد منكم حر ، فقد أعتق نصف ماله . فإن لم تجز الورثة ، أقرع بين العبيد بسهم رق وسهمي حرية ، فمن أصابه سهم الرق ، رق ، ويعتق من كل واحد من الآخرين نصفه ، ولا يسري . ولو أعتق الأنصاف في مرضه ، فمن عتق منه شيء ، سرى إلى باقيه إلى أن يتم الثلث ، فيقرع بينهم بسهمي رق ، وسهم عتق . فمن خرج له سهم العتق ، عتق كله ، وهو ثلث المال . ولو لم يملك إلا عبدين قيمتهما سواء ، فقال : نصف غانم حر بعد موتي ، وثلث سالم حر بعد موتي ، فقد أعتق خمسة أسداس ، وليس له إلا أربعة أسداس ، فيقرع لرد الزيادة ، فإن خرج العتق لغانم ، عتق نصفه ، وعتق سدس سالم ليتم الثلث . فإن خرج العتق لسالم ، عتق ثلثه وثلث غانم . وإن أعتق نصف كل واحد منهما في مرضه ، أقرع ، فمن خرج له سهم العتق ، عتق ثلثاه ، ورق باقيه مع جميع الآخر .

هذا كله ، إذا أعتق الأبعاض في المرض معاً ، بأن قال : أثلاث هؤلاء أحرار ، أو نصف كل عبد حر . فأما إذا قدم وأخر ، فيقدم الأسبق فالأسبق ، حتى لو قال : نصف غانم حر ، وثلث سالم حر ، عتق ثلثا غانم ، ولا قرعة .

فصل : أعتق جاريته بعد الموت وهي حامل ، ففي الحمل وجهان . أحدهما : لا يعتق ، لما سبق أن إعتاق الميت لا يسري . وأصحهما : يعتق ، لأنه كعضوها . ولو قال : هي حرة بعد موتي إلا جنينها ، أو دون جنينها ، لم يصح الاستثناء على الأصح . ولو نجز عتقها في الحياة ، عتق الحمل ، ولم يصح استثناؤه بلا خلاف . ولو كانت لشخص ، وحملُها لآخر ، فأعتقها مالكها ، لم يعتق الحمل قطعاً ، لأن اختلاف الملك يمنع الاستتباع .

فصل : أوصى بثلث عبد معين ، أو دار ، أو غيرهما ، فاستحق ثلثاه ، نظر ، إن لم يملك شيئاً آخر ، فللموصى له ثلث الثلث الباقي . وإن ملك غيره ،

واحتمل ثلث ماله الثلث الباقي ، فطريقان . أصحهما : على قولين . أظهرهما : يستحق الثلث الباقي . والثاني : ثلث الثلث . والطريق الثاني : ثلث الثلث قطعاً . ثم عن ابن سريج : أن هذا فيما إذا قال : أوصيت له بثلث هذا العبد . فأما إذا قال : أعطوه ثلثُه ، فيدفع إليه الثلث الباقي قطعاً . ولو قال : أوصيت له بشاة من هذه الثلاث ، أو بأحد أثلاث هذا العبد ، أو بثلث هذه الدار ، فاستحق الثلثان ، أو اشترى من زيد ثلثها ، ومن عمرو ثلثيها ، وأوصى بما اشتراه من زيد ، فاستحق ما اشتراه من عمرو ، نفذت الوصية في الثلث الباقي في هذه الصور قطعاً . ولو أوصى بأثلاث الأعبد الثلاثة ، فاستحق اثنان منهم ، نفذت في الثلث الباقي . ولو أوصى بثلث صبرة ، فتلف ثلثاها ، فله ثلث الباقي قطعاً .

فصل : ما أوصى به للمساكين ، هل يجوز نقله إلى مساكين غير بلد المال ؟ فيه طريقان . أصحهما وبه قال الأكثرون : على قولين ، والثاني : الجواز قطعاً[1] . فإن منعنا فلم يكن في البلد مسكين ، فهل ينقل كالزكاة ، أم تبطل الوصية ؟ وجهان .

قلت : أصحهما النقل . والله أعلم .

ولو عين فقراء بلد ، ولم يكن فيه فقير ، بطلت الوصية[2] . كما لو أوصى لولد فلان ولا ولد له . وبالله التوفيق .

القسم الثالث من الباب : في المسائل الحسابية .

هذا فَنٌّ طويل ، ولذلك جعلوه علماً برأسه ، وأفردوه بالتدريس والتصنيف . وفيه أطراف .

---

(١) وقضيته أن الرجح المنع ، وكلام الرافعي يشير إليه أيضاً ، لكن الذي رجحاه في باب قسم الصدقات الجواز .

(٢) فيه أمران :

أحدهما : ماجزم به من البطلان مشكل بما لو أوصى للرقاب ولم يكن في الدنيا مكاتب ففي البحر عن نص الشافعي أنه يوقف الثلث حتى يوجد الاحتمال بالكتابة فيما بعد . قال : ويحتمل بطلان الوصية وهو قوي لما في الوقف من الاضرار بالوارث . وقد ذكر المصنف من زوائده في آخر كتاب الحج قبل باب الهدي ما يخالف المذكور من هنا فراجعه .

الثاني : سكت عما إذا كان فيه فقير واحد فلا بد من صرف شيء لله وهل هو الثلث أو غيره يشبه أن يكون على الخلاف فيما إذا أوصى لذوي قرابته وليس له الأقرب واحد وتبع صاحب المطلب ذلك القسم الثالث .

الأول : فيما إذا أوصى بجزءٍ ، وفيه مسائل .

إحداها : إذا أوصى بمثل نصيب ابنه ، وله ابن واحد لا يرثه غيره ، فالوصية بالنصف[١] ، فإن لم يجز ، ردت إلى الثلث . وكذا لو كان له ابنان ، أو بنون فأوصى بمثل نصيبهما ، أو نصيبهم ، فهو كابن . ولو لم يكن له ابن ، أو لم يكن له[٢] وارثاً لرق وغيره ، فالوصية باطلة . ولو قال : أوصيت له بنصيب ابني ، فوجهان . أصحهما عند العراقيين والبغوي : بطلان الوصية . وأصحهما عند الإمام والروياني وغيرهما وبه قطع أبو منصور : صحتها . والمعنى : بمثل نصيب ابني[٣] . ويجري الوجهان فيما لو قال : بعتك عبدي بما باع به فلان فرسه وهما يعلمان قدره . فإن صححنا ، فهو وصية بالنصف على الصحيح . وقيل : بالكل ، حكاه البغوي . ولو كان له ابنان ، فأوصى بمثل نصيب أحدهما ، أو بمثل نصيب ابن ، فالوصية بالثلث . وإن كانوا ثلاثة ، فبالربع ، أو أربعة ، فبالخمس . وعلى هذا القياس . ويجعل الموصى له كابن آخر معهم . وضابطه : أن تصحح فريضة الميراث ، ويزاد عليها مثل نصيب الموصى له بمثل نصيبه ، حتى لو كان له بنت ، وأوصى بمثل نصيبها ، فالوصية بالثلث ، لأن المسألة من اثنين لو لم تكن وصية ، فتزيد على الاثنين سهماً ، وتعطيه سهماً من ثلاثة . ولو كان بنتان ، فأوصى بمثل نصيب أحدهما ، فالوصية بالربع ، لأن المسألة من ثلاثة لأن الوصية ، لكل واحدة سهم ، فتزيد للموصى له سهماً ، فتبلغ أربعة . ولو أوصى بمثل نصيبهما معاً ، فالوصية بخمسي المال ، لأنها من ثُلثه ، ونصيبهما منها اثنان ، فتزيد على الثلاثة سهمين .

---

(١) قال في الخادم : صورة المسألة إذا لم يقل مع ذلك بما كان نصيبه فأما لو أوصى له بمثل ما كان نصيب ابنه كانت وصية بجميع المال إجماعاً . صرح بذلك الماوردي وفرق بأنه في المسألة الأولى جعل لابنه مع الوصية نصيباً فلذلك كانت فيه بالنصف ، وفي الثانية لم يجعل له نصيباً فلذلك كانت الصيغة بالإضافة للجميع فأما لو قال أوصيت له بمثل نصيب ابن لي لو كان وفي نصيب ابني لا يصح على الأصح .

(٢) سقط من ط .

(٣) سكت الشيخ عن الترجيح هنا لكنه في باب المرابحة قال ما نصه : أطبقوا على تصوير المرابحة بما إذا قال بعت بما اشتريت وربح كذا أو بما قام على ولم يذكروا فيه خلافاً وذكروا فيما إذا قال أوصيت له بنصيب ابني وجهاً أنه لا يصح وإنما يصح إذا قال بمثل نصيب ابني فكأنهم اقتصروا على الأصح وإلا فلا فرق بين البابين .

ولو أوصى وله ثلاث بنات وأخ بمثل نصيب واحدة ، فالوصية بسهمين من أحد عشر ، لأنها من تسعة لـولا الوصيـة . ونصيب كل بنت منهمـا سهمان ، فتـزيدهمـا على التسعة . وكذا لو أوصى وله ثلاثة بنين ، وثلاث بنات بمثل نصيب ابن ، فالوصية بسهمين من أحد عشر . ولو كان له ثلاثة بنين ، وبنت ، وأوصى بمثل نصيبهـا ، فالوصية بالثمن . ولو كان ابن ، وثلاث بنات ، وأبوان ، وأوصى بمثل نصيب الابن فالوصية ، بثمانية أسهم من ثمانية وثلاثين .

فرع : أوصى وله ابن بمثل نصيب ابن ثان لو كان ، أو أوصى وله ابنان بمثل نصيب ابن ثالث لو كان ، فالوصية في الأولى ، بالثلث . وفي الثانية ، بالربع . وقال الأستاذ أبو إسحـاق : في الأولى ، بالنصف . وفي الثـانية ، بـالثلث . والصحيح الأول . وهل يفرق بين قوله : بمثل نصيب ابن ثان ، أو ثالث لو كـان ؟ وبين أن يحذف لفظه « مثـل » فيقول : بنصيب ابن ثـان ؟ القياس أنـه على الوجهين فيما إذا أضاف إلى الوارث الموجود . وحكى الأستاذ أبو منصور عن الأصحاب : أنهم فرقوا فقالوا : إذا أوصى بمثل نصيبه ، دفـع إليه نصيبـه لو كـان زائداً على أصـل الفريضة ، وإذا أوصى بنصيبه ، دفع إليه لو كان من أصل الفريضة . فعلى هذا ، لو أوصى وله ابنان بنصيب ثالث لو كان ، فالوصية بالثلث . ولو قال : بمثل نصيب ابن ثالث لو كان ، فبالربع كما سبق . ولو أوصى وله ثلاثة بنين ، بمثل نصيب بنت لو كانت ، فالوصبة بالثمن ، وعلى قول الأستاذ أبي إسحاق : بالسبع .

فرع لابن سريج : له ابنان ، وأوصى لزيد بمثل نصيب ابن رابع لو كان ، ولعمرو بمثل نصيب خامس لو كان ، فللحساب طريقان .

أحدهما : أن يقال : المسألة من اثنين لو لم يكن وصية ، ومن أربعة لو كانوا أربعة ، ومن خمسة لو كانوا خمسة ، فهنا اثنان ، وأربعـة ، وخمسة ، [والاثنـان والأربعة متداخلان][1] ، فتسقط الاثنين لدخولهما في الأربعة ، وتضرب أربعة في خمسة ، تبلغ عشرين ، وهذا العدد ينقسم على الاثنين بلا وصية ، وعلى الأربعة ونصيب كل واحد خمسة ، وعلى الخمسة ، ونصيب كل واحد أربعة ، فتزيد الأربعة

(١) سقط في الأصل والمثبت من ط .

والخمسة على العشرين ، تبلغ تسعة وعشرين ، لزيد منها خمسة ، ولعمرو أربعة ، والباقي للاثنين .

الطريق الثاني : أن يقال : لو لم يكن إلا وصية زيد ، لكان له سهم من خمسة ، فتقسم الباقي على خمسة ، لوصيته لعمرو بمثل نصيب [ابن][1] خامس ، فيخرج من القسمة أربعة أخماس ، وهو نصيب كل ابن لو كانوا خمسة ، فتزيد على الخمسة لعمرو أربعة أخماس ، تكون خمسة وأربعة أخماس ، لزيد منها واحد ، ولعمرو أربعة أخماس ، والباقي للاثنين ، فإذا بسطناها أخماساً ، كانت تسعة وعشرين .

المسألة الثانية : أوصى لزيد بمثل نصيب أحد ورثته ، أعطي مثل أقلهم نصيباً ، وطريقه : أن تصحح المسألة بلا وصية ، وتزيد عليها مثل سهم أقلّهم ، ثم تقسم ، فإذا كان ابن وبنت ، فالوصية بالربع ، أو زوج وأم وأختان ، فبالتسع ، لأن نصيب الأم واحد من ثمانية ، فتضمه إليها تصير تسعة ، أو بنتان وثلاث زوجات وأخ ، فبسهم من خمسة وعشرين ، أو بنت ابن وأخ ، فبالسبع . وإن أوصى بمثل نصيب أكثرهم نصيباً ، فطريقه : أن تصححها بلا وصية ، وتضم إليها مثل نصيب ذلك . فإن كان ابن وبنت ، فله خمسان .

فرع : له ابنان ، أوصى لزيد بمثل نصيب أحدهما ، ولعمرو بمثل نصيب الآخر ، فأجازا لهما ، قسم المال بين الأربعة أرباعاً ، وإن ردّا الوصيتين ، ارتدتا إلى الثلث وكان الثلث بينهما بالسوية ، وإن أجازا إحداهما وردّا الأخرى ، فالصحيح : أن كل واحد منهما يأخذ سدس المال ، وللمجاز له مع ذلك نصف سدس . وتصح من أربعة وعشرين ، للمجاز له ستة ، وللمردود أربعة ، والباقي للابنين . وعن ابن سريج : أنه يضم سهم المجاز له إلى سهم الابنين ويقسم بينهما أثلاثاً . وتصح من ثمانية عشر ، للمردود ثلاثة ، وللباقين خمسة خمسة . وإن أجاز أحدهما لأحدهما ، وردّهما الآخر ، فعلى الصحيح : المسألة من أربعة وعشرين ، للمردود أربعة ، وللمجاز خمسة ، وللمجيز سبعة ، وللرادّ ثمانية . وعلى المحكيِّ عن ابن سريج :

(١) سقط في الأصل والمثبت من ط .

تصح من ثمانية عشر ، وللمردود ثلاثة ، وللمجاز أربعة ، وللمجيز خمسة ، وللرادّ ستة .

المسألة الثالثة : الضعف ، وهو الشيء ومثله ، فإذا أوصى بضعف نصيب ابنه ، وله ابن واحد ، فهي وصية بالثلثين . ولو قال : بضعف نصيب أحد أولادي أو ورثتي ، أعطي مِثْلَي نصيب أقلّهم[1] ، فإن كان ثلاثة بنين ، فله خمسان . ولو أوصى لزيد بمائة ، ولعمرر بضعفها ، فالثانية مائتين ، وضعفا الشيء ثلاثة أمثاله ، فإذا قال : ضعفي نصيب ابني ، وله ابن واحد ، فالوصية بثلاثة أرباع المال . ولو قال : ضعفي نصيب أحد بنيّ وهم ثلاثة ، فله ثلاثة أسهم من ستة ، ولكل ابن سهم . ولو أوصى لزيد بمائة ، ولعمرو بضعفيها ، فلعمرو ثلاثمائة ، وثلاثة أضعاف الشيء أربعة أمثاله ، وأربعة أضعافه خمسة أمثاله .

الرابعة[2] : أوصى بنصيب من ماله ، أو جزءٍ ، أو حظ ، أو قسط ، أو شيءٍ ، أو قليل ، أو كثير ، أو سهم ، يرجع في تفسيره إلى الورثة ، ويقبل تفسيرهم بأقلّ ما يتموّل ، لأن هذه الألفاظ تقع على القليل والكثير . فإن ادّعى الموصى له أن الموصي أراد أكثر من ذلك ، قال الأكثرون منهم أبو منصور والحنّاطي والمسعودي : يحلف الوارث أنه لا يعلم إرادة الزيادة . وحكى البغوي : أنه لا يتعرض للإرادة ، بل يحلف أنه لا يعلم استحقاق الزيادة ، وسلم أنه لو أقر لمبهم ومات وجرى مثل هذا النزاع بين المقر له والوارث ، حلف الوارث على نفي إرادة المورث ، وفرق بأن الإقرار إخبار ، والوصية إنشاء أمر على الجهالة . ورد المتولي افتراق البابين إلى شيء آخر فقال : الوارث هنا يحلف أنه لا يعلم الموصي أراد الزيادة ، ولا يحلف أنه أراد هذا القدر ، وفي الإقرار ، يحلف أنه لا يعلم الزيادة ، وأنه أراد هذا القدر .

فرع : أوصى بثلث ماله إلا شيئاً ، قُبل التفسير وتنزيلهُ على أقل ما يتمول وحملُه الشيء المستثنى على مال كثير . وقال الأستاذ أبو منصور : يعطى زيادة على السدس . قال : وكذا لو قال : أعطوه ثلث مالي إلا قليلاً . ولو قال : أعطوه الثلث إلا كثيراً ، جاز أن يعطيَه أقل من السدس . والصحيح المعروف هو الأول .

---

(١) في ط أقلهم نصيباً .

(٢) في ط المسألة الرابعة .

فرع : قال : أعطوه من واحد إلى عشرة ، ففيه الأوجه المذكورة في الإقرار . وقال الأستاذ أبو منصور عن بعض الأصحاب : إن أراد الحساب ، فللموصى له خمسة وخمسون ، وهو الحاصل من جمع واحد إلى عشرة على توالي العدد . وإن لم يرد الحساب ، فله المتيقَّن ، وهو ثمانية ، ولا شك في اطراد هذا في الإقرار[١] . ولو قال : أعطوه واحداً في عشرة ، أو ستة في خمسة ، أطلق الأستاذ ثبوت ما يقتضيه الضرب ، وذكرنا فيه تفصيلاً في الإقرار[٢] .

فرع : قال : أعطوه أكثر مالي ، فالوصية بما فوق النصف . ولو قال : أكثر مالي ومثله ، فالوصية بجميع ماله . ولو قال : أعطوه زهاء ألف درهم ، أو معظم الألف أو عامته ، فالوصية بما فوق النصف[٣] .

قلت : هذا في « زهاء » مشكل ، لأن زهاء ألف ، معناه في اللغة : قدر ألف ، ولا يصدق ذلك على خمسمائة ودرهم . والله أعلم .

ولو قال : أعطوه دراهم أو دنانير ، فأقل ما يعطى ثلاثة[٤] . ولفظ الدراهم والدنانير عند الإطلاق يحمل على نقد البلد الغالب ، وليس للوارث التفسير بغيره . فإن لم يكن غالب ، رجع إلى الوارث . ولو قال : أعطوه كذا ، أو قال : كذا وكذا ، أو قال : كذا درهماً ، أو قال : كذا وكذا درهماً ، فعلى ما ذكرناه في الإقرار . ولو قال : مائة ودرهماً ، أو ألفاً ودرهماً ، لم يلزم أن تكون المائة والألف دراهم . ولو قال : مائة وخمسين درهماً ، أو مائة وخمسة وعشرين درهماً ، فعلى الخلاف

---

(١) فيه أمران :
أحدهما : توهم أن هذا الاستدراك وجه آخر في المسألة لا يقيد وليس كذلك بل هذا هو المتعين توجيهاً ونقلاً .
الثاني : ظهر بما نقلناه من كلام الأُستاذ أنه لم يحكه وجهاً كما ادعاه الرافعي .

(٢) هذا الذي نقله عن الأُستاذ غير محرر ، فإن لفظ الأُستاذ في كتاب القضايا : ولو قال أعطوه كذا في كذا مثل قوله خمسة في ستة فقد قال زفر وابن شبرمة : له العدد الأول من غير ضرب .

(٣) وهذا تابع فيه الأُستاذ وكأنه بناه على أن زهاء معناه معظم وليس كذلك والمتجه إعطاء ألف درهم إن كان الموصي لغوياً نعم رأيت في كتاب الأخفش النحوي في باب ما يمد وزهاء كذا ونحوه . انتهى .

(٤) كذا قاله الأُستاذ قال : وعن أهل الظاهر اثنان بناء على أن أقل الجمع اثنان ومقتضى ذلك أن يكون فيه وجه فإن الخلاف في المسألة الأُصولية وجه عندنا .

المذكور في الإقرار . قال البغوي : لو قال : كذا وكذا من دنانيري ، يعطى ديناراً . ولو قال : كذا وكذا من دنانيري ، يعطى دينارين . ولو قال : كذا وكذا من دنانيري ، يُعطى حبة ، ولو قال : كذا وكذا من دنانيريّ فحبتان . ولك أن تقول : ينبغي أن يعطى حبة أيضاً إذا قال : كذا وكذا من دنانيريّ .

الطرف الثاني : في طريق تصحيح مسائل الوصية بالأجزاء . فإذا أوصى من له ورثة بجزءٍ شائع ، وأردنا قسمة التركة بين الورثة والموصى له ، فإما أن يوصيَ بالثلث فما دونه ، وإما بأكثر .

القسم الأول : إذا أوصى بالثلث فما دونه ، فله حالان .

أحدهما : أن تكون الوصية بجزءٍ واحد ، فتصحح مسألة الميراث عائلة أو غير عائلة ، وينظر في مخرج جزء الوصية ، ويخرج منه جزء الوصية . ثم إن انقسم الباقي على مسألة الورثة ، صحت المسألتان ، وذلك كمن أوصى بربع ماله ، وترك ثلاثة بنين [فمخرج جزء الوصية أربعة ، والباقي بعد إخراج الربع ينقسم على البنين][1] ، وإن لم ينقسم ، فلك طريقان .

أحدهما : أن تنظر في الباقي وفي مسألة الورثة ، فإن تباينا ، ضربت مسألة الورثة في مخرج الوصية ، وإن توافقا ، ضربت وفق مسألة الورثة في مخرج الوصية ، فما بلغ صحت منه القسمة . ثم من له شيء من مخرج الوصية ، بعد إخراج جزء الوصية[2] أخذه مضروباً فيما ضربته في مخرج الوصية ، ومن له شيء من مسألة الورثة ، أخذه مضروباً فيما بقي من مخرج الوصية بعد إخراج جزء الوصية إن كان الباقي مع مسألة الورثة متباينين . وإن كانا متوافقين ، ففي وفق الباقي .

الطريق الثاني : أن تنسب جزء الوصية إلى الباقي من مخرجها بعد الجزء ، وتزيد مثل تلك النسبة على مَسألة الورثة ، فما بلغ ، فمنه القسمة . فإن كان فيه كسر ، ضربته في مخرج الكسر ، فما بلغ ، صحت منه القسمة .

مثاله : ثلاثة بنين ، أوصى بثلث ماله ، مسألةُ الورثة من ثلاثة ، ومخرج

---

(١) سقط في الأصل والمثبت من ط .

(٢) سقط من ط .

الوصية أيضاً ثلاثة ، والباقي بعد جزء الوصية اثنان لا ينقسمان على ثلاثة .

فعلى الطريق الأول : تضرب ثلاثة في مخرج الوصية ، تبلغ تسعة منها القسمة ، كان للموصى له سهم يأخذه مضروباً في الثلاثة المضروبة في مخرج الوصية ، ولكل ابن سهم من مسألة الورثة مضروب في الباقي من مخرج الوصية بعد إخراج جزء الوصية وهو اثنان .

وعلى الطريق الثاني تقول : جزء الوصية نصف الباقي من مخرجها ، فتزيد على مسألة الورثة نصفها تكون أربعة ونصفاً ، تبسطها أنصافاً تبلغ تسعة .

أبوان وخمس بنات ، وأوصى بخمس ماله ، مسألة الورثة من ستة ، وتصح من ثلاثين ، ومخرج جزء الوصية خمسة ، والباقي بعد إخراج جزء الوصية أربعة لا تصح على الثلاثين .

فعلى الطريق الأول ، هما متوافقان بالنصف ، فتضرب نصف مسألة الورثة وهو خمسة عشر في مخرج الوصية ، تبلغ خمسة وسبعين ، كان للموصى له سهم يأخذه مضروباً في خمسة عشر ، ولكل واحد من الأبوين خمسة في نصف الأربعة تكون عشرة ، ولكل بنت أربعة في اثنين ثمانية .

وعلى الثاني تقول : الجزء المخرج مثل ربع الباقي ، فتزيد على الثلاثين ربعها وتبسطها أنصافاً ، تبلغ خمسة وسبعين .

ابنان وبنتان ، وأوصى بالثلث ، مسألة الورثة من ستة ، والوصية من ثلثه ، والباقي بعد جزء الوصية لا ينقسم على ستة .

فعلى الطريق الأول : يتوافقان بالنصف ، فتضرب نصف الستة في مخرج الوصية ، تبلغ تسعة ، للموصى له سهم في ثلاثة ، ولكل ابن سهمان في واحد .

وعلى الثاني تقول : جزء الوصية نصف الباقي من مخرجها ، فتزيد على مسألة الورثة نصفها تكون تسعة .

الحال الثاني : أن تكون الوصية بجزأين فصاعداً ، فيؤخذ مخرج الجزأين

بالطريق المذكور في أصول مسائل الفرائض ، ثم العمل على ما تبين في الحال الأول .

مثاله : أبوان ، وأوصى بثمن ماله لزيد ، وبخمسة لعمرو ، مسألة الورثة من ثلاثة ، ومخرج الجزأين أربعون . لزيد خمسة ، ولعمرو ثمانية ، ويبقى سبعة وعشرون تصح على ثلاثة بنين . وأوصى بربع ماله لزيد ، وبنصف سدسه لعمرو ، مسألة الورثة ثلاثة ، ومخرج الوصيتين اثنا عشر ، ومجموع الجزأين أربعة ، إذا أخرجناها ، يبقى ثمانية لا تصح على ثلاثة .

فعلى الطريق الأول : لا موافقة ، فتضرب ثلاثة في اثني عشر ، فتبلغ ستة وثلاثين منها تصح .

وعلى الثاني : الخارج بالوصيتين، نصف الباقي من مخرجهما، فتزيد على مسألة الورثة نصفها ، تبلغ أربعة ونصفاً ، تبسطها أنصافاً تكون تسعة ، لكن نصيب الموصى لهما من مخرج الوصيتين أربعة ، وحصتهما من التسعة ثلاثة لا تنقسم على أربعة ، فتضرب أربعة في تسعة ، تبلغ ستة وثلاثين .

ولو كانت البنون ستة ، والوصيتان بحالهما .

فعلى الطريق الأول ، تبقى ثمانية لا تصح على ستة ، لكن توافق بالنصف ، فتضرب نصف الستة في اثني عشر ، تبلغ ستة وثلاثين .

والطريق الثاني كما سبق .

القسم الثاني : إذا أوصى بأكثر من الثلث، فينظر إن كانت الوصية لشخص أو جماعة يشتركون فيه ، إما بجزء ، كالنصف ، وإما بجزأين كالنصف والربع ، فمدار المسألة على إجازة الورثة وردّهم ، وقد سبق بيان الحكم والحساب . وإن أوصى لشخص بجزء ولآخر بجزء ، فإن أجاز الورثة ، أعطي كلٌّ واحد ما سمِّيَ له ، وقسم الباقي بين الورثة . وطريق القسمة ما سبق في القسم الأول . وإن ردُّوا الزيادة على الثلث ، قسم الثلث بينهم على نسبة أنصبائهم بتقدير الإجازة ، وسواء زاد الجزء الواحد ، كالنصف والثلث ، أو لم يزد واحد منهما ، كالربع والثلث .

مثاله : أبوان وابنان ، وأوصى لزيد بنصف ماله ، ولعمرو بثلثه ، وأجازوهما ،

فمسألة الورثة ستة ، وكذا مخرج الوصيتين ، والباقي بعد جزأي الوصيتين لا ينقسم على ستة .

فعلى الطريق الأول : تضرب الستة في مخرج الوصيتين ، تبلغ ستة وثلاثين .

وعلى الثاني نقول : جزء الوصيتين خمسة أمثال الباقي من مخرجهما ، فيزاد على مسألة الورثة خمسة أمثالها ، تبلغ ستة وثلاثين ، منها تصح القسمة . وإن ردّوا الوصيتين ، قسمنا الثلث بينهما على خمسة ، لأن نصيبهما بتقدير الإجازة خمسة من ستة . ولذلك طريقان .

أحدهما : أن ينظر إلى ما زاد من الوصايا على الثلث ، وينقص بتلك النسبة من نصيب كل واحد من الموصى لهم ، فنسبة ما زاد هنا ثلاثة أخماس ، لأن مجموع الوصية بخمسة من ستة ، ولا خمس لمخرج الوصيتين ، فتضرب مخرج الخمس في ستة ، تبلغ ثلاثين ، منها خمسة عشر للموصى له بالنصف ، وعشرة للموصى له بالثلث ، فينقص من كل واحد ثلاثة أخماسه ، يبقى للأول ستة ، وللثاني أربعة ، والباقي عشرون للورثة . وهذه الأنصباء متوافقة بالنصف ، فترد للاختصار إلى أنصافها ، وتقسم من خمسة عشر .

الطريق الثاني : أنا نطلب مالاً لثُلثه خمس ، فنضرب مخرج الثلث في مخرج الخمس ، تبلغ خمسة عشر ، للموصى له بالنصف ثلاثه ، وللآخر اثنان ، يبقى عشرة للورثة لا تنقسم على مسألتهم وهي ستة ، لكن توافقها بالنصف ، فنضرب نصف الستة في الخمسة عشر ، تبلغ خمسة وأربعين ، منها تصح القسمة .

فرع : هذا الذي ذكرناه ، إذا لم تستغرق الوصية المال . فإن استغرقت وأجيزت ، قسم المال بين أصحاب الوصايا . وإن ردّوا ، قسم الثلث بينهم على نسبة أنصبائهم بتقدير الإجازة . وإن زادت الوصايا على المال ، بأن أوصى لزيد بماله كلّه ، ولعمرو بثلثه ، فإن أجازوا ، فقد عالت إلى أربعة ، لزيد ثلاثة ، ولعمرو سهم . وإن ردّوا ، قسم الثلث بينهم على أربعة ، وتكون قسمة الوصية من اثني عشر . ولو أوصى لزيد بنصف ماله ، ولعمرو بثلثه ، ولبَكْر بربعه ، قسم المال بينهم على ثلاثة عشر سهماً إن أجازوا ، وإلا ، قسم ثلثه على ثلاثة عشر .

فرع : أوصى لزيد بعبد قيمته مائة ، ولعمرو بدار قيمتها ألف ، ولبَكْر

بخمسمائة ، وكان ثلث ماله ثمانمائة ، فقد أوصى بثلثي ماله . فإن أجازوا ، فذاك ، وإلا ، فالزائد على الثلث مثل جميع الوصايا ، فتردّ كل وصية إلى نصفها ، ويخص كل واحد بنصف ما عيّن له . ولو أوصى لزيد بعشرة ، ولعمرو بعشرة ، ولبكر بخمسة ، وثلثه عشرون ، ولم يجيزوا ، قسمت العشرون على خمسة ، لكل واحد من الأوَّلَين ثمانية ، ولبكر أربعة . ولو كانت بحالها وقال : قدموا بكراً على عمرو ، قال ابن الحداد : لزيد ثمانية ، ولعمرو سبعة ، ولبكر خمسة . ولو قال : قدموا بكراً عليهما ، أعطي خمسة ، ودخل النقص عليهما بالسوية ، فيكون لكل منهما سبعة ونصف .

فرع : أوصى لزيد بعبدٍ ، ولعمرو بما بقي من ثلث ماله ، اعتبر ماله عند الموت . فإن خرج العبد من ثلثه ، دفعناه إلى زيد ، وأعطينا عمراً باقي الثلث إن بقي شيء ، وإلا ، بطلت وصية عمرو . وإن مات العبد قبل موت الموصي ، لم يحسب من التركة ، وينظر في باقي أمواله ، فيحط من ثلثها قيمة العبد ، ويدفع باقيه إلى عمرو . فإن لم يبق شيء ، بطلت أيضاً وصيته ، وإن مات بعد موت الموصي ، حسب من التركة ، وحسبت قيمته من الثلث . فإن بقي شيء من الثلث ، فهو لعمرو . ولو لم يكن له مال سوى العبد ، فأوصى لزيد به ، ولعمرو بثلثه ، أو بثلث ماله ، ولم يجر لفظ يقتضي الرجوع عن الوصية الأولى . فإن أجازوا ، قسم العبد بينهما ، لزيد ثلاثة أرباعه ، ولعمرو ربعه . وإن لم يجيزوا ، قسم الثلث كذلك . وإن أوصى لزيد بالعبد . وقيمته ألف ، ولعمرو بثلث ماله ، وله ألفان سوى العبد ، فإن أجازوا ، جعل العبد بينهما أرباعاً كما ذكرنا ، ولعمرو مع ربعه ثلث الألفين . وإذا كان العبد الذي هو ثلث المال أربعة ، كان الألفان وهما ثلثاه ثمانية ، لكن ليس للثمانية ثلث ، فتضرب مخرج الثلث في اثني عشر ، تبلغ ستة وثلاثين ، العبد منها اثنا عشر ، تسعة منها لزيد ، وثلاثة منها مع ثمانية من الباقي لعمرو ، والباقي للورثة . وإن ردّوا الوصية ، قسم الثلث بينهما على عشرين ، لأن جملة سهام الوصايا عند الإجازة عشرون . وإذا كان العبد وهو ثلث المال عشرين ، كان الجميع ستين ، لزيد تسعة من العبد ، ولعمرو ثلاثة منه وثمانية أسهم من الباقي كما كان في حال الإجازة ، يبقى للورثة ثمانية أسهم من العبد ، واثنان وثلاثون سهماً من الباقي ، وجميع ما ذكرناه فيما إذا أجاز جميع الورثة جميع الوصايا ، أو ردّ جميعهم جميعها إلى

الثلث . فلو أجازوا بعضها ، أو أجاز بعضهم بعضها ، وبعضهم كلها ، أو أجاز بعضهم بعضها ، وبعضهم بعضاً آخر ، أو أجاز بعضهم جميعها ، ورد بعضهم جميعها ، أو ردّ بعضهم جميعها وبعضهم بعضها ، فالطريق في هذه الأحوال أن تصحح المسألة على تقدير الإجازة المطلقة وعلى تقدير الردّ المطلق . فإن تماثلت المسألتان ، اكتفيت بإحداهما . وإن تداخلتا ، اكتفيت بالأكثر واستغنيت عن الضرب . وإن تباينتا ، ضربت إحداهما في الأخرى . وإن توافقتا ، ضربت وفق إحداهما في الأخرى ، ثم يقسم المال بينهما على تقديري الإجازة والرد من ذلك العدد ، وينظر في الحاصل لكل مجيز على التقديرين ، فيكون قدر التفاوت بينهما لمن أجاز له .

مثاله : ابنان ، وأوصى لزيد بنصف ماله ، ولعمرو بثلثه ، المسألة على تقدير الإجازة من اثني عشر ، وعلى تقدير الرد من خمسة عشر ، وهما متوافقان بالثلث ، فتضرب ثلث إحداهما في الأخرى ، تبلغ ستين ، لزيد منها على تقدير الإجازة المطلقة ثلاثون ، ولعمرو عشرون ، ولكل ابن خمسة ، ولزيد على تقدير الردّ المطلق اثنا عشر ، ولعمرو ثمانية ، ولكل ابن عشرون ، فالتفاوت في نصيب كل ابن خمسة عشر . فإن أجازا وصية زيد ، فقد سامحه كل ابن بتسعة ، فيتم له ثلاثون ، ويبقى لكل ابن أحد عشر . وإن أجازا وصية عمرو ، فقد سامحه كل ابن بستة ، فيتم له عشرون ، ولكل ابن أربعة عشر . وإن أجاز أحدهما الوصيتين وردّهما الآخر ، فقد سامح المجيز زيداً بتسعة ، وعَمراً بستة ، فيكون لزيد أحد وعشرون ، ولعمرو أربعة عشر ، وللمجيز خمسة ، وللرادّ عشرون . وإن أجاز أحدهما الوصيتين ، وأجاز الآخر وصية زيد ، تم لزيد ثلاثون . وإن أجاز الآخر وصية عمرو ، تم له عشرون . وإن أجاز أحدهما وصية زيد ، والآخر وصية عمرو ، فهذا سامح زيداً بتسعة ، وذاك سامح عمراً بستة ، فيكون لزيد أحد وعشرون ، ولمجيزه أحد عشر ، ولعمرو أربعة عشر ، ولمجيزه مثلها .

الطرف الثالث : في الدوريات من الوصايا .

فصل في الوصية بمثل نصيب وارث ، وبجزء شائع : الجزء الشائع ، قد يكون مضافاً إلى ما يبقى من المال بعد النصيب ، وقد يكون مضافاً إلى جميع

المال . فإن كان مضافاً إلى جميع المال ، نظر ، إن لم تزد جملة المال الموصى به على الثلث ، جعل الموصى له بالنصيب كأحد الورثة ، فتصحح مسألة الورثة ، ثم يؤخذ مخرج الوصية ويخرج منه جزء الوصية ، وينظر هل ينقسم الباقي على مسألة الورثة ؟ إن انقسم ، فذاك ، وإلا ، فطريق التصحيح ما سبق . وإن زادت على الثلث وأجاز الورثة ، فكذلك الحكم والحساب . وإن لم يجيزوا ، قسم الثلث على نسبة القسمة عند الإجازة .

مثاله : ثلاثة بنين ، وأوصى لزيد بمثل نصيب أحدهم ، ولعمرو بعشر المال ، فمسألة الورثة وزيد من أربعة ، ومخرج الجزء عشرة ، يبقى منها بعد إخراج الجزء تسعة لا تنقسم على أربعة ، ولا توافق ، فتضرب أربعة في عشرة ، تبلغ أربعين ، لعمرو أربعة ، ولزيد وكل ابن تسعة ، وجملة الوصيتين ثلاثة عشر . وإن كان الجزء مضافاً إلى ما تبقى من المال بعد النصيب ، مثل أن ترك ثلاثة بنين ، وأوصى لزيد بمثل نصيب أحدهم ، ولعمرو بسدس ما تبقى من المال بعد النصيب ، فالمقصود في هذه المسألة ونظائرها ، يعرف بطرق .

منها : طريقة الجبر ، ولها وجوه . أسهلها : أن تأخذ مالاً وتسقط منه نصيباً لزيد ، يبقى مال سوى نصيب ، تسقط سدسه لعمرو ، يبقى خمسة أسداس مال إلا خمسة أسداس نصيب تعدل أنصباء الورثة ، وهي ثلاثة ، فتجبر وتقابل ، فتكون خمسة أسداس مال معادلة لثلاثة أنصباء وخمسة أسداس نصيب ، تضرب ثلاثة وخمسة أسداس مال في أقل عدد له سدس وهو ستة ، تكون ثلاثة وعشرين ، النصيب من ذلك خمسة ، يبقى ثمانية عشر ، سدسها لعمرو ، يبقى خمسة عشر ، لكلٍ خمسة .

ومنها : أن تجعل المال كله ديناراً وستة دراهم ، فالوصية بالسدس ، فتجعل الدينار نصيب زيد ، ودرهماً من الستة لعمرو ، يبقى خمسة دراهم للبنين ، لكل ابن درهم وثلثان ، فعلمنا أن قيمة الدينار درهم وثلثان ، وكنّا جعلنا المال ديناراً وستة دراهم ، فهو إذن سبعة دراهم وثلثان ، فتبسطها أثلاثاً ، فتبلغ ثلاثة وعشرين ، وتسمى هذه : طريقة الدينار والدرهم .

ومنها : أن تقول : مسألة الورثة من ثلاثة ، فيكون لزيد سهم مثل أحدهم ،

فتزيد على كل واحد من سهام البنين مثل خمسه ، لأنه أوصى بسدسها ، وسدس كل شيء مثل خمس الباقي بعد إخراج السدس ، فيكون جميع المال أربعة أسهم وثلاثة أخماس ، تبسطها أخماساً ، تبلغ ثلاثة وعشرين ، وتسمى هذه : طريقة القياس .

ومنها : أن تقسم سهام الورثة وهي ثلاثة ، وتضيف إليها سهماً لزيد ، تكون أربعة ، تضربها في مخرج السدس ، تبلغ أربعة وعشرين ، تسقط منها الحاصل من ضرب الجزء الموصى به بعد النصيب في النصيب وهو واحد ، يبقى ثلاثة وعشرون ، وهو المال ، فإذا أردت النصيب ، أخذت سهماً ، فتضربه في مخرج السدس ، تكون ستة ، تسقط منها ما أسقطته من المال ، يبقى خمسة ، فهي النصيب ، وهذه تسمى : طريقة الحشو ، ويسمى هذا الذي يسقط : سهم الحشو . ويقال : كان محمد بن الحسن رحمه الله يعتمدها .

ومنها : أن تأخذ سهام الورثة ، وتضربها في مخرج السدس ، تكون ثمانية عشر ، تصرف سدسها إلى عمرو ، يبقى خمسة عشر، لكل ابن خمسة. وإذا بان أن النصيب خمسة ، فزد خمسة على ثمانية عشر ، تكون ثلاثة وعشرين .

ومنها : أن يقال : المال كله ستة ونصيب ، النصيب لزيد ، وسهم من الستة لعمرو ، يبقى خمسة لا تصح على ثلاثة ، فتضرب ثلاثة في ستة ، تبلغ ثمانية عشر مع النصيب المجهول ، فسدس الثمانية عشر لعمرو ، والباقي بين البنين ، لكل ابن خمسة فعرفنا أن النصيب المجهول خمسة ، والمال ثلاثة وعشرون .

مسألة : ثلاثة بنين ، وأوصى لزيد بمثل نصيب أحدهم ، ولعمرو بثلث باقي المال بعد النصيب ، استخراجها بطريق الخطائن أن يقدر المال أربعة ، ليعلمنا أن هنا نصيباً وثُلثاً بعد النصيب ، فتجعل النصيب واحداً ، وتدفع ثلث الباقي إلى عمرو ، يبقى اثنان ، ونحن نحتاج إلى ثلاثة ليكون لكل ابن مثل النصيب المفروض ، فقد نقص عن الواجب واحد ، وهذا هو الخطأ الأول ، ثم تجعل المال خمسة ، وتجعل النصيب منها اثنين ، وتدفع ثلث الباقي إلى عمرو ، يبقى اثنان ، ونحن نحتاج إلى ستة ليكون لكل ابن مثل النصيب المفروض ، فقد نقص عن الواجب أربعة ، وهذا هو الخطأ الثاني ، والخطآن جميعاً ناقصان ، فتسقط أقلهما من أكثرهما ، يبقى ثلاثة ، فتحفظها ، ثم تضرب المال الأول في الخطأ الثاني ، فيكون

ستة عشر ، وتضرب المال الثاني في الخطأ الأول ، يكون خمسة ، تسقط الأقل من الأكثر ، يبقى أحد عشر ، تقسمها على الثلاثة المحفوظة ، يخرج بالقسمة ثلاثة وثلثان ، تبسطها أثلاثاً ، تكون أحد عشر ، فهو المال ، ثم تضرب النصيب الأول في الخطأ الثاني ، يكون أربعة ، وتضرب النصيب الثاني في الخطأ الأول ، يكون اثنين ، تسقط الأقل من الأكثر ، يبقى اثنان ، تقسمها على الثلاثة المحفوظة ، يخرج بالقسمة ثلثان ، إذا بُسِطا كانا اثنين ، فهما النصيب ، فتدفع اثنين من أحد عشر إلى زيد ، وثلث الباقي ثلاثة إلى عمرو ، يبقى ستة ، لكل ابن سهمان ، وهذا إذا أجاز الورثة ، لأن الوصيتين زائدتان على الثلث ، وتسمى هذه الطريقة : الجامع الكبير من طرق الخطائن . وبطريقة الباب نقول : سهام البنين ثلاثة ، وقد أوصى بثلثها ، فيبقى لكل ابن ثلثا سهم ، فبان أن النصيب الموصى به لزيد ثلثا سهم ، ثم تضم الثلث المخرج إلى أنصبائهم ، تبلغ جملة المال ثلاثة أسهم وثلثي سهم ، تبسطها أثلاثاً ، تكون أحد عشر . وبطريقة المقادير تعطي الموصى له بمثل النصيب نصيباً من المال ، يبقى منه مقدار ، تدفع ثلثه إلى عمرو ، ويبقى ثلثا مقدار ، تقسمها بين البنين ، يحصل لكل ابن تسعا مقدارٍ ، فتعلم أن ما أخذه الموصى له بالنصيب تسعا مقدار ، فالمال كله مقدار وتسعا مقدار ، تبسطها أتساعاً ، يكون أحد عشر ، وتخرج المسألة السابقة بهذه الطرق الثلاث خروج هذه المسألة بتلك الطرق الست .

فصل : وقد تكون الوصية بجزءٍ من جزءٍ من المال يبقى بعد النصيب أو بعضه .

مثاله : ثلاثة بنين ؛ وأوصى لزيد بمثل نصيب أحدهم ، ولعمرو بمثل ما تبقى من ثلث المال بعد النصيب ، تقدر ثلث المال عدداً له ثلث ، لقوله : بثُلث الباقي من الثلث . وليكن ثلاثة ، تزيد عليه واحداً للنصيب ، فيكون أربعة . وإذا كان الثلث أربعة ، فالثلثان ثمانية ، والجملة اثنا عشر ، تعطي زيداً سهماً ، وعمراً سهماً ، وهو ثلث الثلاثة الباقية من ثلث المال الباقي ، يبقى سهمان ، تضمهما إلى ثلثي المال ، تكون عشرة ، وكان ينبغي أن يكون ثلاثة ، ليكون لكل ابن مثل النصيب المفروض ، فقد زاد على ما ينبغي سبعة ، وهو الخطأ الأول ، ثم تقدر الثلث خمسة ، وتجعل النصيب اثنين ، وتعطي عمراً واحداً ، يبقى سهمان ، تزيدهما على ثلثي المال وهو عشرة على هذا التقدير ، تبلغ اثني عشر ، وكان ينبغي أن يكون ستة ليكون لكل ابن

سهمان ، فزاد على ما ينبغي ستة ، وهو الخطأ الثاني ، ثم نقول : لما أخذنا أربعة ، زاد على الواجب سبعة ، ولمّا زدنا سهماً نقص عن الخطأ سهم ، فعلمنا أن كل سهم يزيد ينقص به من الخطأ سهم ، وقد بقي من الخطأ ستة أسهم ، فنزيد لها ستة أسهم ، يكون أحد عشر ، فهو ثلث المال ، النصيب منها ثمانية ، وجميع المال ثلاثة وثلاثون ، ونسمي هذه الطريقة : الجامع الصغير من طرق الخطائن .

مسألة : ثلاثة بنين ، وأوصى لزيد بمثل نصيب أحدهم ، ولعمرو بثلث ما تبقى من الثلث بعد نصف النصيب ، خذ ثلث مال ، وأسقط منه نصيباً ، يبقى ثلث مال سوى نصيب ، أسقط منه ثلث الباقي بعد نصف النصيب ، وهو تسع مال إلا سدس نصيب ، يبقى تسعا مال إلا خمسة أسداس نصيب ، زده على ثلثي المال ، يكون ثمانية أتساع مال ، إلا خمسة أسداس نصيب ، تعدل ثلاثة أنصباء ، فأجبر وقابل ، تعدل ثمانية أتساع مال ، ثلاثة أنصباء وخمسة أسداس نصيب ، فاضرب ثلاثة وخمسة أسداس في تسعة ، تبلغ أربعة وثلاثين ونصفاً ، أبسطها أنصافاً ، تكون تسعة وستين ، فهي المال ، لزيد منها ستة عشر ، ولعمرو خمسة .

فصل في الوصية بنصيب أحد الورثة مع الوصية بجزأين أحدهما من جميع المال ، والآخر مما تبقى : مثاله : بنت وأخ ، وأوصى لزيد بمثل نصيب أحدهما ، ولعمرو بربع المال ، ولبكر بنصف الباقي بعد ذلك ، فعلى طريق القياس ، نعلم أنه إذا أخذ عمرو ربع المال ، وزيد نصيباً ، ينبغي أن يكون للباقي نصف ، وأقل عدد له نصف اثنان ، لبكر منهما سهم ، يبقى سهم ، لكل واحد من الوارثين نصف سهم ، فعلمنا أن النصيب نصف سهم ، فيكون الباقي من المال بعد الربع سهمين ونصف سهم ، وذلك ثلاثة أرباع المال ، نزيد عليه ثلاثة ، وهو خمسة أسداس ، يبلغ ثلاثة وسدسين ، نبسطها أسداساً ، تبلغ عشرين ، لزيد ثلاثة ، ولعمرو خمسة ، يبقى اثنا عشر ، لبكر نصفها ، ولكل واحد من الوارثين ثلاثة كالنصيب . ولو كانت المسألة بحالها ، إلا أن وصية عمرو بخمس المال ، ووصية بكر بثلث الباقي ، فالمال خمسة ، والنصيب واحد .

فصل فيما إذا كان الجزآن مع النصيب أحدهما بعد الآخر : مثاله : أم ، وعَمَّان ، أوصى لزيد بمثل نصيب أحدهم ، ولعمرو بربع ما تبقى من المال بعد

النصيب ، ولبكر بثلث ما تبقى من المال بعد ذلك ، ولخالد بنصف ما تبقى بعد ذلك ، تأخذ مالاً ، وتلقي منه نصيباً ، يبقى مال إلا نصيباً ، تلقي من هذا الباقي ربعه ، يبقى ثلاثة أرباع مال إلا ثلاثة أرباع نصيب ، تلقي من الباقي ثلثه ، يبقى نصف مال إلا نصف نصيب ، تلقي من الباقي نصفه ، يبقى ربع مال إلا ربع نصيب تعدل ثلاثة أنصباء ، تجبر وتقابل ، فربع مال يعدل ثلاثة أنصباء وربع نصيب ، فتضربها في أربعة ، تبلغ ثلاثة عشر ، النصيب منه واحد ، يبقى اثنا عشر ، لعمرو ربعها ، يبقى تسعة ، لبكر ثلثها ، يبقى ستة ، لخالد نصفها ، يبقى ثلاثة ، لكل واحد من الورثة واحد كالنصيب .

فصل في الوصية بنصيبين مع الوصية بجزء بعد كل نصيب : مثاله : ثلاثة بنين ، وأوصى لزيد بمثل نصيب أحدهم ، ولعمرو بثلث ما تبقى من الثلث ، ولبكر بمثل نصيب أحدهم ، ولخالد بنصف ما تبقى من الثلث بعد النصيب ، فخذ أحد أثلاث المال ، وادفع منه نصيباً إلى زيد ، يبقى منه مقدار ، تدفع ثلثه إلى عمرو ، يبقى معنا ثلثا مقدار ، ونأخذ ثلثاً آخر وندفع منه نصيباً إلى بكر ، يبقى مقدار ، تعطي منه خالداً نصفه ، يبقى نصف مقدار ، فتضم الباقي من الثلثين وهو مقدار وسدس مقدار إلى الثلث الثالث وهو نصيب ، ومقدار يكون نصيباً ومقدارين وسدس مقدار ، وذلك يعدل أنصباء الورثة وهو ثلاثة ، تسقط نصيباً بنصيب ، يبقى مقداران وسدس مقدار في معادلة نصيبين ، فالنصيب الواحد مقدار ونصف سدس مقدار ، وكنا فرضنا كل ثلث نصيباً ومقداراً ، فهو إذاً مقداران ونصف سدس ، تبسطها بالضرب في اثني عشر ، تكون خمسة وعشرين ، وجملة المال خمسة وسبعون ، والنصيب ثلاثة عشر ، فلزيد ثلاثة عشر ، ولعمرو أربعة ، ولبكر ثلاثة عشر ، ولخالد ستة ، ولكل ابن ثلاثة عشر كالنصيب .

فصل في الوصية بنصيب وبجزء شائع ، على شرط أن لا يضام بعض الورثة ، أي : لا يدخل النقص عليه : مثاله : ابنان ، وأوصى لزيد بربع المال ، ولعمرو بنصيب أحد الابنين ، على أن لا يضام الثاني بالوصيتين ، هي من أربعة لذِكْره الربع ، لزيد سهم ، وللابن الذي شرط أن لا يضام سهمان ، يبقى سهم لعمرو وللابن الآخر لا يصح عليهما ، فتضرب اثنين في أربعة .

مسألة : ثلاثة بنين ، أحدهم بَكر ، وأوصى من ثلث ماله لزيد بنصيب

أحدهم ، ولعمرو بثلث ما تبقى من الثلث ، وشرط أن لا يضام بَكر ، فخذ ثلث المال ، وادفع إلى زيد منه نصيباً ، يبقى مقدار ، تدفع ثلثه إلى عمرو ، يبقى ثلثا مقدار تضمهما إلى الثلثين وهما نصيبان ومقداران ، وذلك كله يعدل ثلث المال ونصيبين . أما ثلث المال ، فهو الذي توفيه بكراً غير منقوص . وأما النصيبان ، فهما نصيبا الابنين الآخرين ، وذلك ثلاثة أنصباء ومقدار ، فتسقط نصيبين بنصيبين ، ومقداراً بمقدار ، يبقى نصيب في معادلة مقدار وثلثين ، فعرفنا أن النصيب مقدار وثلثان ، وأن الثلث مقداران وثلثان ، فنبسطها أثلاثاً ، فيكون ثمانية ، فهي ثلث المال ، والنصيب منها خمسة ، وجملة المال أربعة وعشرون ، لزيد خمسة ، ولعمرو سهم ، ولبكر ثمانية ، ولكل واحد من الآخرين خمسة كالنصيب .

فصل في الوصية بالنصيب مع استثناء جزء من المال عنه : مثاله : ثلاثة بنين ، أوصى بمثل نصيب أحدهم إلاّ ربع جميع المال ، تأخذ مالاً ، وتسقط منه نصيباً ، يبقى مال ينقص نصيباً ، تزيد عليه ربع المال المستثنى ، يبلغ مالاً وربع مال إلاّ نصيباً ، وذلك يعدل ثلاثة أنصباء ، وهي أنصباء الورثة ، تجبر وتقابل ، فإذاً مال وربع يعدل أربعة أنصباء ، تبسطها أرباعاً ، وتقلب الاسم ، فالمال ستة عشر ، والنصيب خمسة ، تدفع إلى الموصى له خمسة ، وتسترجع منه ربع المال وهو أربعة ، يبقى معنا خمسة عشر ، لكل ابن خمسة كالنصيب .

مسألة : ابن ، وأوصى بمثل نصيبه إلاّ نصف المال ، تأخذ مالاً ، وتسقط منه نصيباً ، ثم تسترجع من النصيب نصف مال ، يحصل معنا مال ونصف سوى نصيب ، يعدل نصيباً واحداً ، تجبر وتقابل ، فيكون مال ونصف يعدل نصيبين ، تبسطهما أنصافاً ، وتقلب الاسم ، فيكون المال أربعة ، والنصيب ثلاثة ، تدفع إلى الموصى له ثلاثة ، وتسترجع منه اثنين ، يبقى معه سهم ، وهو مثل نصيب الابن ناقصاً بنصف المال .

مسألة : ابن ، وأوصى بنصيب ابن رابع لو كان إلاّ عشر المال ، نقول : لو كان البنون أربعة ، قسم المال بينهم على أربعة ، تأخذ مالاً ، وتلقي منه نصيباً ، وتسترجع منه عشر المال ، يكون معنا مال وعشر مال سوى نصيب ، يعدل أربعة أنصباء ، تجبر وتقابل ، فإذاً مال وعشر تقابل خمسة أنصباء ، تبسطها أعشاراً ،

وتقلب الاسم ، فالمال خمسون ، والنصيب أحد عشر ، تدفع إلى الموصى له أحد عشر ، وتسترجع منه عشر المال وهو خمسة ، يبقى للموصى له ستة ، ويأخذ الابن أربعة وأربعين ، ولو كانوا أربعة لأخذ كل ابن أحد عشر كالنصيب .

فصل في الوصية بالنصيب مع استثناء جزء مما تبقى من المـال :
فهذا ، إما أن يكون مع تقييـد الموصي الاستثنـاء بجزءٍ ممـا تبقى من المال بعـد النصيب ، وإما مع التقييد بجزءٍ مما تبقى من المال بعد الوصية ، وإما مطلقاً ، فهذه ثلاثة أقسام .

الأول[1] : مثاله : ثلاثة بنين ، وأوصى بمثل نصيب أحدهم إلاّ ربع الباقي من المال بعد النصيب ، تأخذ مالاً ، وتسقط منه نصيباً ، يبقى مال ناقص بنصيب ، تزيد عليه ربعه وهو الذي يسترده من جملة النصيب ، وربعه ربع مال إلاّ ربع نصيب ، فيبلغ مالاً وربع مال إلاّ نصيباً ، وربع نصيب يعدل ثلاثة أنصباء ، فتجبر وتقابل ، فإذاً مال وربع مال يعدل أربعة أنصباء وربع نصيب ، تبسطهـا أرباعـاً وتقلب الاسم ، فالمال سبعة عشر ، والنصيب خمسة ، تعطي الموصى له خمسة ، يبقى اثنا عشر ، تسترجع من الخمسة ربع الباقي وهو ثلاثة ، يبقى مع الموصى له سهمان ، ومع البنين خمسة عشر ، لكل ابن خمسة .

القسم الثاني : أن يقيد الاستثناء بجزءٍ ممـا تبقى من المال بعـد الوصيـة ، فالجزء من باقي المال بعـد الوصيـة ، كالجـزء الواقـع تحته من بـاقي المال بعـد النصيب ، فعشر الباقي بعد الوصية كتسع الباقي بعد النصيب ، وتسع الباقي بعـد الوصية كثمن الباقي بعد النصيب ، وعلى هذا القياس ، حتى ينتهي إلى ثلث الباقي بعد الوصية ، فهو كنصف الباقي بعد النصيب ، وخرّجوا صور هذا القسم بطريقين .

أحدهما : البناء على القاعدة المذكورة . فإذا أوصى ـ وله ثلاثة بنين ـ بنصيب أحدهم إلاّ ربع ما تبقى من المال بعد الوصية ، فهو كما لو أوصى بنصيب أحدهم إلا ثلث مـا تبقى بعد النصيب ، فتـأخذ مـالاً ، وتلقي منه نصيبـاً ، يبقى مال نـاقص بنصيب ، تزيد ثلثه للاستثناء وهو ثلث مال إلاّ ثلث نصيب ، يبلغ مالاً وثلث مال إلاّ

---

(١) في ط القسم الأول .

نصيباً ، وثلث نصيب يعدل ثلاثة أنصباء ، فتجبر وتقابل ، فإذاً مال وثلث مال يعدل أربعة أنصباء وثلث نصيب ، فتبسطها أثلاثاً ، وتقلب الاسم ، فالمال ثلاثة عشر ، والنصيب أربعة ، تعطي الموصى له أربعة ، يبقى تسعة ، تسترد من الأربعة ثلث التسعة الباقية ، يبقى معه سهم ، ويحصل للبنين اثنا عشر ، ولكل ابن أربعة ، فالذي أخذه الموصى له مثل النصيب إلّا ثلث الباقي بعد النصيب ، ومثل النصيب إلّا ربع الباقي بعد الوصية ، لأن الباقي بعد الوصية اثنا عشر .

الطريق الثاني : إنّا نعلم أن باقي المال في الصورة المذكورة بعد الوصية أنصباء البنين ، وهي ثلاثة ، وربعها ، ثلاثة أرباع نصيب ، فهو المستثنى من نصيب أحد البنين ، يبقى ربع نصيب وهو الوصية ، فتزيده على أنصباء البنين ، تبلغ ثلاثة أنصباء وربع نصيب ، نبسطها أرباعاً بالضرب في أربعة ، تكون ثلاثة عشر ، والوصية سهم .

القسم الثالث : أن يطلق فيقول : أوصيت له بمثل نصيب فلان إلّا ربع ما تبقى من المال ، ولم يقل : بعد النصيب ، ولا بعد الوصية ، ففيه وجهان لأصحابنا . أحدهما : يحمل على الباقي بعد النصيب ، لأن المذكور هو النصيب فانصرف الاستثناء إليه . والثاني وهو قول أكثرهم : يحمل على الباقي بعد الوصية ، لأن الباقي بعد الوصية أكثر من الباقي بعد النصيب ، فيكون المستثنى أكثر ، ويَقِلُّ نصيب الموصى له ، وقد تقرر تنزيل الوصايا على الأقل المتيقن ، ثم طريق الحساب على الوجهين ما سبق .

فصل في الوصية بالنصيب مع استثناء جزء مما تبقى من جزء من المال : هذا يجيء فيه الأقسام المذكورة في الفصل الذي قبله . والقسم الثالث فيه الوجهان . فإن صرح بذكر النصيب ، فأوصى ـ وله ثلاثة بنين ـ بمثل نصيب أحدهم إلّا ثلث ما تبقى من الثلث بعد النصيب ، فتأخذ ثلث مال ، وتلقي منه نصيباً ، يبقى ثلث مال سوى نصيب ، تزيد على ثلثه وهو تسع مال إلا ثلث نصيب للاستثناء ، تبلغ أربعة أتساع مال سوى نصيب وثلث نصيب تعدل أنصباء الورثة وهي ثلاثة ، فتجبر وتقابل ، فمال وتسع مال يعدل أربعة أنصباء وثلث نصيب ، تبسطها أتساعاً ، وتقلب الاسم ، فالمال تسعة وثلاثون ، والنصيب عشرة ، تأخذ الثلث ثلاثة عشر ، فتسقط

منه نصيباً وهو عشرة ، يبقى ثلاثة ، تسترجع ثلثها بالاستثناء ، يبقى تسعة ، تسقطها من المال ، يبقى ثلاثون ، لكل ابن عشرة .

مسألة : أربعة بنين ، وأوصى بمثل نصيب أحدهم إلّا ربع ما تبقى من الثلث بعد ثلث النصيب ، تأخذ ثلث مال ، وتسقط منه نصيباً ، يبقى ثلث مال سوى نصيب ، ثم تسترجع من النصيب ربع الباقي من الثلث بعد ثلث النصيب ، وهو نصف سدس مال إلّا سدس نصيب ، وتضمه إلى ما معك ، تبلغ خمسة أجزاء من اثني عشر جزءاً من مال إلّا نصيباً ، وجزءاً من اثني عشر جزءاً من نصيب ، تزيده على ثلثي المال ، يبلغ مالاً وجزءاً من اثني عشر جزءاً من مال إلّا نصيباً ، وجزءاً من اثني عشر جزءاً من نصيب يعدل أنصباء الورثة وهي أربعة ، تجبر وتقابل ، فإذاً مالٌ وجزءٌ من اثني عشر جزءاً من مال ، يعدل خمسة أنصباء وجزءاً من اثني عشر جزءاً من نصيب ، ثم ابسطها بأجزاء اثني عشر ، واقلب الاسم ، فالنصيب ثلاثة عشر ، والمال أحد وستون ، ولكن ليس لأحد وستين ثلث ، فتضربها في ثلاثة ، تبلغ مائة وثلاثة وثمانين ، فهو المال ، والنصيب تسعة وثلاثون ، تأخذ ثلث المال وهو أحد وستون ، تعزل منه تسعة وثلاثين للنصيب ، ثم تسترجع منه اثني عشر ، لأن الباقي من الثلث بعد ثلث النصيب ثمانية وأربعون ، وربعها اثنا عشر ، فيبقى للموصى له سبعة وعشرون ، تسقطها من المال ، يبقى مائة وستة وخمسون ، لكل ابن تسعة وثلاثون .

فرع : أوصى بمثل نصيب أحد ورثته إلّا ثلث ما تبقى ، ولم يزد على هذا ، فكأنه قال : إلّا ثلث ما تبقى من المال بعد الوصية ، لأنه الأقل المتيقّن . فإذا كان له ابنان والحالة هذه ، فلهم سهم من تسعة ، لأن لكل واحد من الابنين والموصى له ثلاثة ، ثم تسترجع منه بقدر ثلث الباقي وهو سهمان ، فيبقى سهم .

فرع : وأما إن صرح بذكر الوصية والباقي من الجزء فقال ـ وله ثلاثة بنين ـ : أوصيت بمثل نصيب أحدهم إلّا ثلث ما تبقى من الثلث بعد الوصية ، فطرق الحساب فيه على قياس ما سبق ، لكن يستعمل بدل ثلث الباقي من الثلث بعد الوصية ، نصف الباقي من الثلث بعد النصيب كما سبق في الفصل السابق ، ويكون المال في الصورة المذكورة سبعة وعشرين ، والنصيب سبعة . فإذا أخذنا ثلث المال ، وعزلنا منه سبعة ، بقي اثنان ، نسترجع نصفهما من النصيب وهو واحد ، يبقى مع الموصى له

ستة ، ومع البنين أحد وعشرون ، مع كل ابن سبعة كالنصيب .

فصل في الوصية بجزء من المال وبالنصيب مع استثناء جزء من باقي المال : الباقي من المال ، قد يقيَّد بما بعد النصيب ، وقد يقيَّد بما بعد الوصية ، وقد يطلق كما سبق ، فإن جرى ذكر النصيب ، بأن أوصى ـ وله ابنان ـ لزيد بربع المال ، ولعمرو بمثل نصيب أحدهما إلاّ ثلث ما تبقى من المال بعد النصيب ، فخذ مالاً ، واجعل ربعه لزيد ، يبقى ثلاثة أرباع مال ، تعطي عمراً منها نصيباً ، يبقى ثلاثة أرباع مال إلاّ نصيباً ، تسترجع من النصيب مثل ثلث هذا الباقي وهو ربع مال إلاّ ثلث نصيب ، تزيده على ما معك ، يبلغ مالاً إلاّ نصيباً وثلث نصيب ، وذلك يعدل نصيبين ، فتجبر وتقابل ، فإذاً مال يعدل ثلاثة أنصباء وثلث نصيبْ ، فتبسطها أثلاثاً ، وتقلب الاسم ، فالمال عشرة ، والنصيب ثلاثة ، تعطي زيداً ربع العشـرة ، يبقى سبعة ونصف ، تعزل منها ثلاثة لعمرو ، يبقى أربعـة ونصف ، تسترجـع ثلثها من الثلاثة وهو واحد ونصف ، فتضمـه إلى ما معـك ، تبلغ ستة ، لكـل واحد ثـلاثة كالنصيب ، فإن أردت إزالـة الكسر ، بسـطت العشرة أيضـاً أنصافـاً وقلت : المال عشرون ، والنصيب ستة . وإن جرى ذكر الوصية ، بأن أوصى ـ وله ابنان ـ لزيد بربع المال ، ولآخر بمثل نصيب أحدهما إلاّ ثلث ما تبقى من المال بعد الوصية ، فهو كقوله : إلاّ نصف ما تبقى من المال بعد النصيب كما سبق ، فتأخذ مالاً ، وتجعل لزيد ربعه ، يبقى ثلاثة أرباع مال ، تعطي عمراً منها نصيباً ، يبقى ثلاثة أرباع سوى نصيب ، تسترجع منه نصف هذا الباقي ، وهو ثلاثة أثمان مال سوى نصف نصيب ، وتزيده على ما معك ، يبلغ مالاً وثمن مال إلاّ نصيباً ونصف نصيب ، وذلك يعدل نصيبين ، فإذا جبرت وقابلت ، فمال وثمن مال يعدل ثلاثة أنصبـاء ونصف نصيب تبسطها أثماناً ، فالمال ثمانية وعشرون ، والنصيب تسعة ، تعطي زيداً ربع المال ، يبقى أحد وعشرون ، تفرز منها تسعة لعمرو ، يبقى اثنا عشرة ، تسترجع نصفها من تسعة عمرو ، وتضمه إليها ، تبلغ ثمانية عشر ، لكل ابن تسعة كالنصيب .

فصل في الوصية بجزء شائع من المال وبالنصيب مع استثناء جزء مما يبقى من جزء من المال : مثاله : خمسة بنين ، وأوصى لزيد بثمن ماله ، ولعمرو بثلث ما تبقى من الثلث بعد الثمن والنصيب ، تأخذ ثلث مال ، وتلقي منه

ثمن جميع المال ، يبقى خمسة من أربعة وعشرين جزءاً من المال ، تفرز منه نصيباً لعمرو ، يبقى خمسة من أربعة وعشرين جزءاً سوى نصيب ، تسترجع من النصيب ثلث هذا الباقي ، وليس للخمسة ثلث صحيح ، فتضرب المال في ثلاثة ، تكون اثنين وسبعين ، ويكون معك خمسة عشر جزءاً من اثنين وسبعين جزءاً من المال سوى نصيب ، تزيد ثلث هذا المبلغ عليه ، فيصير عشرين جزءاً من اثنين وسبعين جزءاً سوى نصيب وثلث [نصيب] يعدل أنصباء الورثة وهي خمسة ، فإذا جبرت وقابلت ، فثمانية وستون تعدل ستة أنصباء وثلث نصيب ، فتبسطها بأجزاء اثنين وسبعين ، وتقلب الاسم ، فإذاً المال أربعمائة وستة وخمسون ، والنصيب ثمانية وستون ، تأخذ ثلث المال وهو مائة واثنان وخمسون ، وتلقي منه ثمن المال ، وهو سبعة وخمسون ، يبقى خمسة وتسعون ، تلقي منها نصيباً وهو ثمانية وستون ، يبقى سبعة وعشرون ، تسترجع من النصيب ثلثها ، وتزيدها على السبعة والعشرين ، تبلغ ستة وثلاثين ، تزيدها على ثلثي المال ، وهو ثلاثمائة وأربعة أسهم ، تبلغ ثلاثمائة وأربعين ، لكل ابن ثمانية وستون كالنصيب » فإن كانت المسألة بحالها ، إلّا أنه أوصى لعمرو بثلث ما يبقى من الثلث بعد الثمن وبعد وصيته ، فالحساب كما مضى ، لكن تجعل بدل استثناء ثلث الباقي من الثلث بعد الوصية ، نصف الباقي من الثلث بعد النصيب . وإذا عملتها ، كان المال ثلاثمائة واثني عشر ، والنصيب سبعة وأربعين ، تأخذ ثلث المال ، وهو مائة وأربعة ، وتسقط منه ثمن المال ، وهو تسعة وثلاثون ، يبقى خمسة وستون ، تسقط منه النصيب سبعة وأربعين ، يبقى ثمانية عشر ، تسترجع من النصيب نصفها تسعة ، وتزيدها عليها ، تصير سبعة وعشرين ، تزيدها على ثلثي المال ، وهو مائتان وثمانية ، تبلغ مائتين وخمسة وثلاثين ، لكل ابن سبعة وسبعون .

فصل في الوصية بمثل نصيب وارث أو عدد من الورثة ، إلّا مثل نصيب وارث آخر أو عدد منهم : هذه الوصية ، إما أن تتجرد عن الوصية بجزءٍ شائع من المال والوصية بجزءٍ مما تبقى من المال ، أو بجزءٍ من جزءٍ مما تبقى ، وإما أن لا تتجرد .

فالحالة الأولى لا حاجة فيها إلى الطرق الجبرية ، بل تقام مسألة الورثة ، وتؤخذ سهام من أوصى بمثل نصيبه ، فينقص منها نصيب من استثنى مثل نصيبه ، ويزاد ما بقي على مسألة الورثة ، فمنه تصح .

مثاله : زوجة وأخت وعم ، وأوصى بمثل نصيب الأخت إلاّ مثل نصيب الزوجة ، هي من أربعة ، ونصيب الأخت سهمان ، ينقص منها نصيب الزوجة وهو سهم ، يبقى سهم ، تزيده على الأربعة ، يكون خمسة ، واحد منها للموصى له ، والباقي للورثة .

الحالة الثانية : إذا لم تتجرد ، وفيها صور .

إحداها : أن يوصيَ مع ذلك بجزءٍ شائع من المال .

مثاله : أبوان ، وأوصى لزيد بربع ماله ، ولعمرو بمثل نصيب الأب إلاّ مثل نصيب الأم ، فالطريق أن تنظر في مسألة الورثة وهي من ثلاثة ، ثم تأخذ مالاً ، وتلقي ربعه لزيد ، يبقى ثلاثة أرباع ، تلقي منها نصيبين كنصيب الأب ، وتسترجع نصفهما كنصيب الأم ، يبقى ثلاثة أرباع مال سوى نصيب يعدل ثلاثة أنصباء هي سهام الورثة ، فتجبر وتقابل ، فثلاثة أرباع مال تعدل أربعة أنصباء ، تبسطها أرباعاً ، وتقلب الاسم ، فالمال ستة عشر ، والنصيب ثلاثة . فإذا أخذنا ستة عشر ، وأسقطنا ربعها ، بقي اثنا عشر ، تسقط منها نصيبين وهما ستة ، وتسترجع نصيباً وهو ثلاثة ، يبقى للموصى له ثلاثة . فإذا أسقطنا الوصيتين من المال ، بقي تسعة ، للأب ستة ، وللأم ثلاثة .

الصورة الثانية : أن يوصيَ مع ذلك بجزءٍ مما تبقى من المال .

مثاله : أبوان ، وأوصى لزيد بمثل نصيب الأب إلاّ مثل نصيب الأم ، ولعمرو بربع ما تبقى من المال ، تأخذ مالاً ، وتلقي منه نصيبين ، هما نصيب الابن من مسألة الورثة ، فتسترجع نصيباً وهو نصيب الأم ، يبقى مال سوى نصيب ، تعطي عمراً أربعة ، وهو ربع مال إلاّ ربع نصيب ، تلقي ثلاثة أرباع مال إلاّ ثلاثة أرباع نصيب ، تعدل ثلاثة أنصباء ، هي سهام المسألة ، فتجبر وتقابل ، فثلاثة أرباع مال تعدل ثلاثة أنصباء وثلاثة أرباع نصيب ، فتبسطها أرباعاً ، وتقلب الاسم ، فالمال خمسة عشر ، والنصيب ثلاثة ، تأخذ خمسة عشر ، وتسقط منها نصيبين وهما ستة ، وتسترجع نصيباً وهو ثلاثة ، يبقى اثنا عشر ، ربعها لعمرو ، يبقى تسعة ، ستة للأب ، وثلاثة للأم .

الصورة الثالثة : أن يوصي بعد ذلك بجزءٍ من جزءٍ مما تبقى من المال .

مثاله : أبوان ، وأوصى لزيد بمثل نصيب الأب إلاّ مثل نصيب الأم ، ولعمرو

بربع ما تبقى من ثلثي المال ، تأخذ ثلثي مال وتسقط منه نصيبين ، وتسترجع منه نصيباً ، يبقى ثلثا مال سوى نصيب ، تسقط ربعه لعمرو ، وهو سدس مال إلّا ربع نصيب ، يبقى نصف مال إلّا ثلاثة أرباع نصيب ، تعدل ثلاثة أنصباء ، هي سهام المسألة ، فتجبر وتقابل بخمسة أسداس مال ، تعدل ثلاثة أنصباء وثلاثة أرباع نصيب ، تبسطها بأجزاء اثني عشر ، وتقلب الاسم ، فالمال خمسة وأربعون ، والنصيب عشرة ، تأخذ ثلثي المال وهو ثلاثون ، وتسقط منها نصيبين وهما عشرون ، وتسترجع نصيباً ، يبقى معك عشرون ، تسقط ربعها لعمرو ، يبقى خمسة عشر ، تزيدها على ثلث المال ، يكون ثلاثين ، للأب عشرون ، وللأم عشرة .

فصل في الوصية بالنصيب مع استثناء نصيب وارث آخر منه وجزء شائع أيضاً : الجزء المستثنى مع النصيب ، قد يكون من جميع المال ، وقد يكون من جزءٍ من الباقي .

مثال الأول : أبوان ، وأوصى بمثل نصيب الأب إلّا مثل نصيب الأم وإلّا عشر جميع المال ، تأخذ مالاً ، وتلقي منه نصيبين ، وتسترجع نصيباً وعُشر جميع المال ، يبقى مال وعشر مال إلّا نصيباً ، يعدل أنصباء الورثة وهي ثلاثة ، فتجبر وتقابل ، فمال وعُشر مال يعدل أربعة أنصباء ، تبسطها أعشاراً ، وتقلب الاسم ، فالمال أربعون ، والنصيب أحد عشر ، تأخذ أربعين ، فتسقط منها نصيبين ، وهما اثنان وعشرون ، وتسترجع منها نصيباً وهو أحد عشر وعُشر جميع المال وهو أربعة ، فيحصل للموصى له سبعة ، وللأب اثنان وعشرون ، وللأم أحد عشر .

مثاله الثاني : المسألة بحالها ، إلا أنه يستثنى مثل نصيب الأم وعُشر ما تبقى من المال بعد نصيب الأم ، فتأخذ مالاً ، وتلقي منه نصيب الأم وهما سهمان من ثلاثة هي سهام المسألة ، وتسترجع منه نصيباً ، يبقى مال إلّا نصيباً ، تزيد عليه مثل عشره وهو عشر مال إلّا عشر نصيب ، تبلغ مالاً وعشر مال إلّا نصيباً وعشر نصيب تعدل ثلاثة أنصباء هي سهام المسألة ، فتجبر وتقابل ، وتبسطها أعشاراً ، وتقلب الاسم ، فالمال أحد وأربعون ، والنصيب أحد عشر ، تأخذ أحداً وأربعين ، وتسقط منها نصيبين وهما اثنان وعشرون ، وتسترجع نصيباً ، فيكون معك ثلاثون ، وتسترجع عشر الثلاثين من ذلك النصيب وهو ثلاثة ، وتزيده على ما معك ، تبلغ ثلاثة وثلاثين ، للأب اثنان

وعشرون ، وللأم أحد عشر .

مثال الثالث : المسألة بحالها ، إلاّ أنه استثنى مثل نصيب الأم وثمن ما تبقى من ثلثي المال بعد نصيب الأم ، فتأخذ ثلثي مال ، وتسقط منه نصيبين ، وتسترجع نصيباً ، يبقى ثلثا مال سوى نصيب ، تسترجع ثمن هذا المبلغ أيضاً من النصيب وهو نصف سدس مال إلاّ ثمن نصيب ، وتزيده على المبلغ ، يكون ثلاثة أرباع مال إلاّ نصيباً وثمن نصيب ، تزيده على ثلث مال ، يبلغ مالاً ونصف سدس مال إلاّ نصيباً وثمن نصيب ، وذلك يعدل أنصباء الورثة وهي سهام المسألة ، فتجبر وتقابل ، فمال ونصف سدس مال يعدل أربعة أنصباء وثمن نصيب ، فتبسطها بأجزاء أربعة وعشرين ، وتقلب الاسم ، فالمال تسعة وتسعون ، والنصيب ستة وعشرون ، تأخذ ثلثي المال وهو ستة وستون ، وتسقط منها نصيبين وهما اثنان وخمسون ، وتسترجع نصيباً يبقى معك أربعون ، تسترجع ثمنها من النصيب أيضاً وهو خمسة ، وتزيده على الأربعين ، يكون خمسة وأربعين ، تزيده على ثلث المال وهو ثلاثة وثلاثون ، تبلغ ثمانية وسبعين ، للأب بنصيبين اثنان وخمسون ، وللأم بنصيب ستة وعشرون .

فصل في الوصية بالتكملة : والمراد بها : البقية التي يبلغ بها الشيء حداً آخر ، وهي إما مجردة عن الوصية بغيرها والاستثناء منها ، وإما غير مجردة .

أما **القسم الأول** : فالوصية إما أن تكون بتكملة واحدة ، وإما بتكملتين فصاعداً .

مثال الأول : أربعة بنين ، وأوصى بتكملة ثلث ماله بنصيب أحدهم ، فتأخذ مالاً ، وتصرف ثلثه إلى الموصى له ، وتسترجع منه نصيباً ، فيحصل معك ثلثا مال ونصيب ، وذلك يعدل أنصباء الورثة وهي أربعة ، فتلقي نصيباً بنصيب ، يبقى ثلثا مال في معادلة ثلاثة أنصباء ، فتبسطهما أثلاثاً ، وتقلب الاسم ، فالمال تسعة ، والنصيب اثنان ، والتفاوت بين الثلث والنصيب سهم ، فهو التكملة ، تدفعه إلى الموصى له ، يبقى ثمانية ، لكل ابن سهمان . وبطريق الدينار والدرهم ، تجعل ثلث المال ديناراً ودرهماً ، وتجعل الدينار نصيباً ، والتكملة درهماً ، تدفعه إلى الموصى له ، يبقى من المال ثلاثة دنانير ودرهمان ، يأخذ ثلاثة بنين ثلاثة دنانير ، يبقى درهمان يأخذهما الابن الرابع ، فعلمنا أن قيمة الدينار درهمان ، وأن ثلث المال ثلاثة

دراهم ، والنصيب درهمان .

مثال التكملتين ، أربعة بنين وبنت ، وأوصى بتكملة ثلث ماله بنصيب ابن ، ولآخر بتكملة ربع ماله بنصيب البنت ، فالوصية الأولى ثلث مالٍ سوى نصيبين ، والثانية ربع مال سوى نصيب ، فتأخذ مالاً ، وتسقط منه الوصيتين ، يبقى خمسة أسهم من اثني عشر سهماً من مال وثلاثة أنصباء ، تعدل أنصباء الورثة وهي تسعة ، تسقط ثلاثة أنصباء بثلاثة أنصباء ، يبقى خمسة أسهم من اثني عشر سهماً من مال في معادلة ستة أنصباء الورثة وهي تسعة ، تسقط ثلاثة أيضاً بثلاثة أنصباء ، يبقى خمسة أسهم من اثني عشر سهماً من مال في معادلة ستة أنصباء . ثم إن شئت بسطتها بأجزاء اثني عشر ، وقلبت الاسم ، فالمال اثنان وسبعون ، والنصيب خمسة . وإن شئت قلت : إذا كانت خمسة من اثني عشر تعدل ستة ، فالمال بتمامه يعدل أربعة عشر وخُمسين ، تبسطها أخماساً تبلغ اثنين وسبعين ، تأخذ ثلث المال وهو أربعة وعشرون ، وتسقط منه نصيبين وهما عشرة ، يبقى أربعة عشر ، فهي الوصية الأولى ، وتأخذ ربعه وهو ثمانية عشر ، تسقط منه نصيباً واحداً وهو خمسة ، يبقى ثلاثة عشر ، فهي الوصية الثانية ، فتسقط الوصيتين من المال ، يبقى خمسة وأربعون ، لكل ابن عشرة ، وللبنت خمسة .

أما **القسم الثاني** : فيتصور على وجوه . منها الوصية بالتكملة مع الوصية بجزءٍ شائع من المال .

مثاله : ثلاثة بنين ، وأوصى لزيد بربع ماله ، ولعمرو بتكملة النصف بنصيب ابن ، فتأخذ مالاً ، وتلقي منه ربعه لزيد ، ثم تلقي نصفه لعمرو ، وتسترجع منه نصيباً ، يبقى معك ربع مال ونصيب ، وذلك يعدل ثلاثة أنصباء ، فتسقط نصيباً بنصيب ، يبقى ربع مال في معادلة نصيبين ، تبسطهما أرباعاً ، وتقلب الاسم ، فالمال ثمانية ، والنصيب واحد ، تأخذ ثمانية ، فتعزل ربعها لزيد ، ثم تأخذ نصف الثمانية لعمرو ، وتسترجع منه واحداً ، يبقى معك ثلاثة ، لكل ابن واحد . وبطريق القياس تقول : ربع المال ونصفه يستحقهما زيد وعمرو وأحد البنين ، فتأخذ مالاً له ربع ونصف وهو أربعة ، فتسقط منه الربع والنصف ، يبقى واحد تقسمه بين الابنين الآخرين ، فلكل واحد منهما نصف ، فتعلم أن النصيب نصف سهم ، فتسقطه من الثلاثة التي أسقطتها من المال ، يبقى اثنان ونصف ، تسقط منها ربع جميع المال ،

يبقى واحد ونصف ، فهو التكملة ، تبسط الجميع أنصافاً ليزول الكسر ، فالنصيب واحد ، والتكملة ثلاثة ، والربع اثنان ، والمال ثمانية .

وبطريق الدينار والدرهم ، تجعل نصف المال ديناراً ودرهماً ، وتدفع الدرهم بالتكملة إلى عمرو ، يبقى ديناران ودرهم ، تسقط منها ربع المال وهو نصف دينار ونصف درهم ، يبقى دينار ونصف دينار ونصف درهم ، وذلك يعدل ثلاثة دنانير ، تسقط الجنس بالجنس ، يبقى دينار ونصف في معادلة نصف درهم ، تبسطها أنصافاً ، وتقلب الاسم ، فالدينار واحد ، والدرهم ثلاثة وهو التكملة .

ومنها : الوصية بالتكملة مع الوصية بجزءٍ مما بقي من المال .

مثاله : أربعة بنين ، وأوصى لزيد بتكملة ثلث ماله بنصيب ابن ، ولعمرو بربع ما تبقى من المال ، تأخذ مالاً ، وتدفع ثلثه إلى زيد ، وتسترجع منه نصيباً ، وتزيده على باقي المال ، فيحصل معك ثلثا مال ونصيب ، يخرج ربعه لعمرو وذلك سدس مال وربع نصيب ، يبقى نصف مال وثلاثة أرباع نصيب تعدل أنصباء الورثة وهي أربعة ، فتسقط ثلاثة أرباع نصيب بثلاثة أرباع نصيب ، يبقى نصف مال في معادلة ثلاثة أنصباء وربع نصيب ، فتبسطها أرباعاً ، وتقلب الاسم ، فالمال ثلاثة عشر ، والنصيب سهمان ، لكن ليس للثلاثة عشر ثلث ، فتضربها في ثلاثة ، تبلغ تسعة وثلاثين ، فهي المال ، والنصيب ستة ، تأخذ ثلثها وهو ثلاثة عشر ، تسقط منه نصيباً ، يبقى سبعة ، فهي التكملة ، تدفعها إلى زيد ، يبقى من المال اثنان وثلاثون ، تدفع ربعها إلى عمرو وهو ثمانية ، يبقى أربعة وعشرون للبنين ، لكل ابن ستة .

ومنها : الوصية بالتكملة مع الوصية بجزءٍ مما تبقى من جزء المال .

مثاله : ثلاثة بنين ، وأوصى لزيد بتكملة ثلث ماله بنصيب أحدهم ، ولعمرو بثلث ما بقي من الثلث ، تأخذ ثلث مال ، وتلقي منه نصيباً ، يبقى ثلث مال إلاّ نصيباً تدفعه إلى زيد فإنه التكملة ، يبقى من الثلث نصيب ، تدفع ثلثه إلى عمرو ، يبقى ثلثا نصيب تضمهما إلى ثلثي المال ، وذلك يعدل أنصباء الورثة وهي ثلاثة ، تسقط ثلثي نصيب بثلثي نصيب ، يبقى ثلثا ما تعدل نصيبين وثلث نصيب . ثم إن شئت بسطتها أثلاثاً ، وقلبت الاسم ، فالمال سبعة ، والنصيب اثنان . وإن شئت قلت : إذا

عادل ثلثا مال نصيبين وثلث نصيب ، فالمال الكامل يعادل ثلاثة أنصباء ونصف نصيب ، تبسطها أنصافاً ، يكون سبعة ، وليس لها ثلث صحيح ، فتضربها في ثلاثة ، تبلغ أحداً وعشرين ، فهو المال ، والنصيب ستة ، تأخذ ثلث المال وهو سبعة ، وتلقي منه النصيب ، يبقى واحد فهو التكملة ، وتدفع ثلث الستة إلى عمرو ، يبقى أربعة ، تضمها إلى ثلثي المال ، يكون ثمانية عشر ، لكل ابن ستة . قال إمام الحرمين : كذا ذكروه ، لكن لو تجردت الوصية الأولى في هذه الصورة ، فأوصى وله ثلاثة بنين بتكملة ثلث ماله بنصيب أحدهم ، فالوصية باطلة ، لأن نصيب كل ابن يستغرق الثلث ، فلا تكملة ، وحينئذٍ يمكن أن يقال : الوصية الأولى هنا باطلة ، والثانية فرعها فتبطل أيضاً ، قال : ووجه ما ذكروه ، أن الوصية الثانية تنقص النصيب عن الثلث ، فتظهر بها التكملة ، قال : ويجب أن تخرّج المسألة وأخواتها على الوجهين ، في أن العبرة باللفظ أو المعنى ، كما إذا قال : بعتك بلا ثمن ونحوه ؟

قلت : الصحيح المختار صحة الوصيتين هنا قطعاً ، والفرق بين باب الوصية وغيرها من العقود ظاهر . والله أعلم .

ومنها : الوصية بالتكملة مع الوصية بمثل النصيب .

مثاله : ثلاثة بنين ، وأوصى لزيد بمثل نصيب أحدهم ، ولعمرو بتكملة ثلث ماله ، تأخذ ثلث مال ، تدفع منه نصيباً إلى زيد ، والباقي إلى عمرو ، يبقى معك ثلثا مال تعدل أنصباء الورثة وهي ثلاثة تبسطها أثلاثاً ، وتقلب الاسم ، فالمال تسعة ، والنصيب اثنان ، تأخذ ثلث التسعة ثلاثة ، تدفع منه اثنين إلى زيد ، وسهماً إلى عمرو وهو التكملة ، يبقى ستة للبنين .

فرع : أوصى ـ وله ابنان ـ بمثل نصيب أحدهما لزيد ، ولعمرو بتكملة الثلث ، فالوصية الثانية باطلة ، لأنه لم يبق شيء من الثلث . وكذا لو أوصى ـ وله ثلاثة بنين ـ بمثل نصيب أحدهم لزيد ، ولعمرو بتكملة الربع .

ومنها : الوصية بالتكملة مع استثناء جزءٍ من المال .

مثاله : ثلاثة بنين ، وأوصى بتكملة نصف ماله بنصيب أحدهم إلاّ ثُمن جميع المال .

طريقه أن يقال : نصف مال نصيب وتكملة ، والتكملة شيء وثُمن جميع المال ، تدفع الشيء إلى الموصى له ، يبقى بعد النصف نصيب وثمن جميع المال ، تضمهما إلى النصف الثاني ، يحصل معك خمسة أثمان المال ونصيب تعدل أنصباء الورثة وهي ثلاثة ، تسقط نصيباً بنصيب ، يبقى خمسة أثمان المال تعدل نصيبين ، فتبسطهما أثماناً ، وتقلب الاسم ، فالمال ستة عشر ، والنصيب خمسة ، تأخذ نصف المال وهو ثمانية ، تسقط منه النصيب خمسة ، يبقى ثلاثة ، تسقط منها ثُمن جميع المال وهو اثنان ، يبقى واحد وهو التكملة ، تُسقِطه من جميع المال ، يبقى خمسة عشر للبنين .

ومنها : الوصية بالتكملة مع استثناء جزءٍ مما تبقى من المال .

ستة بنين ، وأوصى بتكملة ثلث ماله بنصيب أحدهم إلاّ ثُمن ما تبقى من المال ، تأخذ ثلث المال ، وتسترجع منه نصيباً ، يبقى ثلث مال إلاّ نصيباً ، فهو التكملة ، يبقى معك ثلثا مال ونصيب ، تسترجع من التكملة ثمنه ، وينتظم الحساب من أربعة وعشرين لِذِكْر الثلث والثمن ، فالذي معك ستة عشر ونصيب وثُمن ذلك هو اثنان وثمن نصيب ، تزيده عليه ، تبلغ ثمانية عشر جزءاً من أربعة وعشرين جزءاً من مال ونصيباً وثُمن نصيب تعدل أنصباء الورثة وهي ستة ، تسقط المثل بالمثل ، يبقى ثمانية عشر جزءاً من أربعة وعشرين جزءاً من مال تعدل أربعة أنصباء وسبعة أثمان نصيب ، تبسطها بأجزاء المال وهي أربعة وعشرون ، وتقلب الاسم ، فالمال مائة وسبعة عشر ، والنصيب ثمانية عشر ، تأخذ ثلث المال وهو تسعة وثلاثون ، وتسقط منه نصيباً ، يبقى أحد وعشرون وهو التكملة ، فإذا أسقطناه من جميع المال ، بقي ستة وتسعون ثُمنها اثنا عشر ، تسقطه من التكملة ، يبقى تسعة ، فهي التي يأخذها الموصى له ، يبقى مائة وثمانية للبنين ، لكل ابن ثمانية عشر .

ومنها : الوصية بالتكملة مع استثناء جزءٍ مما تبقى من جزءٍ من المال .

سبعة بنين ، وأوصى بتكملة ربع ماله بنصيب أحدهم إلاّ ثلث ما تبقى من الثلث ، تأخذ ربع مال ، وتلقي منه نصيباً ، يبقى ربع مال سوى النصيب وهو التكملة ، تلقيها من الثلث ، يبقى نصف سدس مال ونصيب ، تلقي ثلث ذلك من التكملة ، وينتظم الحساب من ستة وثلاثين ، فإنه أقل عدد لنصف سدسه ثلث ، فإذا

الذي معك من الثلث ثلاثة ونصيب ، تسترجع ثلاثة من التكملة وهو واحد وثلث نصيب ، يبقى للوصية ثمانية أجزاء من ستة وثلاثين جزءاً من مال إلاّ نصيباً وثلث نصيب ، تسقطها من المال ، يبقى ثمانية وعشرون جزءاً من ستة وثلاثين جزءاً من مال ونصيب وثلث نصيب ، وذلك يعدل سبعة أنصباء ، تسقط المثل بالمثل، يبقى ثمانية وعشرون جزءاً من ستة وثلاثين جزءاً من مال في معادلة خمسة أنصباء وثلثي نصيب ، تبسطها بأجزاء ستة وثلاثين ، وتقلب الاسم ، فالمال مائتان وأربعة ، والنصيب ثمانية وعشرون ، تأخذ ربع المال وهو أحد وخمسون ، وتسقط منه النصيب ، يبقى ثلاثة وعشرون هي التكملة ، تلقيها من ثلث المال وهو ثمانية وستون ، يبقى خمسة وأربعون ، تسترجع ثلثها وهو خمسة عشر من التكملة ، يبقى ثمانية فهي الوصية ، تسقطها من المال ، يبقى مائة وستة وتسعون للبنين ، لكل ابن ثمانية وعشرون .

ومنها : الوصية بالتكملة مع استثناء تكملة أُخرى .

ثلاثة بنين ، وأوصى بتكملة نصف ماله بنصيب أحدهم إلاّ تكملة ثلث ماله بنصيب أحدهم ، تأخذ نصف مال ، وتسقط منه نصيباً ، فالباقي هو تكملة النصف ، وتأخذ ثلث مال وتسقط منه نصيباً ، فالباقي هو تكملة الثلث ، تسقط تكملة الثلث من تكملة النصف ، يبقى سدس مال بلا استثناء ، فالوصية إذاً بسدس المال ، يبقى خمسة أسداس مال تعدل ثلاثة أنصباء ، فتبسطها أسداساً ، وتقلب الاسم ، فالمال ثمانية عشر ، والنصيب خمسة ، تأخذ نصف المال تسعة ، وتسقط منه النصيب ، يبقى أربعة فهي تكملة النصف ، ثم تأخذ ثلثه وهو ستة ، وتسقط منها نصيباً ، يبقى واحد فهو تكملة الثلث ، تسقط واحداً من أربعة ، يبقى ثلاثة فهي الوصية ، تسقطها من جميع المال ، يبقى خمسة عشر للبنين ، لكل ابن خمسة .

ومنها : الوصية بالتكملة مع الوصية بالنصيب وبجزءٍ مما تبقى من المال .

خمسة بنين ، وأوصى لزيد بمثل نصيب أحدهم ، ولعمرو بتكملة ربع ماله بنصيب أحدهم ، ولثالث بثلث ما تبقى بعد ذلك ، تأخذ ربع مال ، وتنقص منه نصيباً ، فالباقي هو تكملة الربع ، تدفعه إلى عمرو ، وتدفع النصيب إلى زيد ، فانصرف الربع إلى الوصيتين ، يبقى ثلاثة أرباع المال ، تدفع منه واحداً إلى الثالث ، يبقى ربعان يعدلان أنصباء البنين وهي خمسة ، تبسطها أرباعاً ، وتقلب

الاسم ، فالمال عشرون ، والنصيب اثنان ، تأخذ ربع المال خمسة ، تدفع منها اثنين إلى زيد ، وثلاثة إلى عمرو ، يبقى خمسة عشر ، ثلثها خمسة للثالث ، والباقي للبنين .

ومنها : الوصية بالتكملة مع الوصية بالنصيب وبجزءٍ مما تبقى من المال .

خمسة بنين ، وأوصى لزيد بمثل نصيب أحدهم ، ولعمرو بتكملة الربع بالنصيب ، ولثالث بثلث ما يبقى من الثلث بعد الوصيتين ، يحتاج إلى مال له ربع وثلث ، والباقي من الثلث بعد إسقاطِ الربع ثلث ، وأقله ستة وثلاثون ، تأخذ ربعه وهوتسعة ، فتصرفها إلى الوصية بالتكملة والنصيب ، وإذا أسقطت تسعة من الثلث ، يبقى ثلاثة ، تصرف منها واحداً إلى الثالث ، يبقى اثنان ، تزيدهما على ثلثي المال ، تبلغ ستة وعشرين تعدل أنصباء الورثة وهي خمسة ، تبسطها بأجزاء ستة وثلاثين ، وتقلب الاسم ، فالمال مائة وثمانون ، والنصيب ستة وعشرون ، تأخذ ثلث المال وهو ستون ، فتلقي منه ربعه وهو خمسة وأربعون بالوصيتين الأوليين ستة وعشرين بالوصية بالنصيب ، والباقي بالوصية الأخرى ، يبقى من الثلث خمسة عشر ، نصرف ثلثها إلى الوصية الثالثة ، يبقى عشرة ، تزيدها على ثلثي المال ، تبلغ مائة وثلاثين للبنين ، لكل ابن ستة وعشرون .

ومنها : الوصية بالتكملة مع الوصية بالنصيب مستثنى منه جزءٌ مما تبقى من المال . أربعة بنين ، فأوصى لزيد بتكملة الثلث بنصيب أحدهم ، ولعمرو بمثل نصيب أحدهم إلاّ خمس ما تبقى من المال ، تأخذ ثلث المال ، وتصرفه إليهما بالنصيب والتكملة ، وتسترجع من النصيب خمس الباقي ، واجعل المال خمسة عشر ليكون للباقي بعد الثلث خمس ، فالثلث المخرج بالنصيب والتكملة إذاً خمسة ، تسترجع من النصيب خمس الباقي وهو اثنان ، فالحاصل اثنا عشر جزءاً من خمسة عشر جزءاً من مال ، وذلك يعدل أنصباء الورثة وهي أربعة ، تبسطها بأجزاء خمسة عشر ، وتقلب الاسم ، فالمال ستون ، والنصيب اثنا عشر ، تأخذ ثلث المال وهو عشرون ، تلقي منه النصيب اثني عشر ، يبقى ثمانية هي التكملة ، تدفعها إلى زيد ، وتسترجع من النصيب خمس الباقي وهو ثمانية ، يبقى لعمرو أربعة ، فالوصيتان جميعاً اثنا عشر ، يبقى ثمانية وأربعون للبنين ، لكل ابن اثنا عشر .

ومنها : الوصية بالتكملة مع الوصية بالنصيب مستثنى منه جزءٌ مما تبقى من جزءٍ من المال .

خمسة بنين ، وأوصى لزيد بتكملة الربع بنصيب أحدهم ، ولعمرو بمثل نصيب أحدهم إلاّ ثلث ما تبقى من الثلث بعد ذلك ، يحتاج إلى مال له ربع وثلث ، وللباقي من الثلث بعد إسقاط الربع ثلث ، وأقله ستة وثلاثون ، تأخذ ربعه وهو تسعة ، فتصرفها في الوصيتين ، وتسترجع من النصيب ثلث ما تبقى من ثلث المال وهو واحد ، وتزيده على الباقي من الثلث ، تبلغ أربعة ، تزيدها على ثلثي المال ، تبلغ ثمانية وعشرين جزءاً من ستة وثلاثين جزءاً من مال ، وذلك يعدل أنصباء الورثة وهي خمسة ، تبسطها بأجزاء ستة وثلاثين ، وتقلب الاسم ، فالمال مائة وثمانون ، والنصيب ثمانية وعشرون ، يبقى سبعة عشر فهي التكملة ، ثم تلقي الربع من ثلث جميع المال وهو ستون ، يبقى خمسة عشر ، تسقطها ثلثها من النصيب ، يبقى لعمرو ثلاثة وعشرون ، والوصيتان معاً أربعون ، يبقى مائة وأربعون للبنين ، لكل ابن ثمانية وعشرون .

فصل في الوصية بالنصيب مستثنى من التكملة : ثلاثة بنين ، وأوصى بمثل نصيب أحدهم إلاّ تكملة ثلث ماله بالنصيب ، تجعل ثلث المال ديناراً ودرهماً ، وتجعل النصيب ديناراً ، تدفعه إلى الموصى له ، وتسترجع منه درهماً ، لأن التكملة درهم ، يبقى من الثلث درهمان ، تزيدهما على الثلثين ، تبلغ دينارين وأربعة دراهم تعدل أنصباء الورثة وهي ثلاثة دنانير ، تسقط المثل بالمثل ، يبقى أربعة دراهم في معادلة دينار ، فتقلب الاسم وتقول : الدينار أربعة ، والدراهم واحد ، فالثلث خمسة ، والمال خمسة عشر ، تأخذ ثلث المال خمسة ، تدفع منه إلى الموصى له نصيباً وهو أربعة ، ويسترجع واحد وهو التكملة ، يبقى للموصى له ثلاثة ، تسقطها من المال ، يبقى اثنا عشر ، لكل ابن أربعة .

فصل في الوصايا المتعرضة للجذور والكعاب : الجذر : كل مضروب في نفسه ، والحاصل من الضرب يسمى : مالاً ومجذوراً ومربعاً . والكعب : كل ما ضرب في مثله ثم ضرب مبلغه فيه ، والحاصل من الضربين يسمى مكعباً ، فالواحد جذره وكعبه الواحد .

والأعداد ضربان .

أحدهما : ما له جذر صحيح ينطق به ، كالأربعة ، جذرها اثنان ، والتسعة ، جذرها ثلاثة ، والمائة ، جذرها عشرة .

والثاني : ما ليس له جذر ينطق به ، وإنما يستخرج جذره بالتقريب ، كالعشرة والعشرين ، ويقال له : الأصم . وكذلك من الأعداد ما له كعب ينطق به كالثمانية ، كعبها اثنان ، والسبعة والعشرين ، كعبها ثلاثة . ومنها ما ليس له كعب ينطق به ، كالعشرة والمائة ، وإنما يستخرج كعبه بالتقريب ، وقد يكون العدد منطوقاً بجذره وكعبه كالأربعة والستين ، جذرها ثمانية ، وكعبها أربعة . وقد يكون أصم في الجذر دون الكعب ، كالسبعة والعشرين . أو في كعب دون الجذر ، كالأربعة والتسعة ، أو فيهما ، كالعشرة . إذا عرف ذلك ، فتعرض الوصية للجذر والكعب بفرض من وجوه .

منها : الوصية بجذر المال . قال الأستاذ أبو منصور : تفرض المسألة من عدد مجذور إذا أسقط منه جذره انقسم الباقي صحيحاً على سهام الورثة . فإذا أوصى بجذر ماله وله ثلاثة بنين ، فإن جعلت المال تسعة ، فللموصى له ثلاثة ، والباقي للبنين ، لكل ابن سهمان . وإن جعلته ستة عشر ، فللموصى له أربعة ، والباقي للبنين ، لكل ابن أربعة . ولو أوصى بكعب ماله ـ والورثة هؤلاء ـ بجعل المال عدداً مكعباً ، فإذا أسقط منه كعبه انقسم الباقي على سهام الورثة بلا كسر . فإن جعلت المال ثمانية ، فاثنان للموصى له ، والباقي للبنين . وإن جعلته سبعة وعشرين ، فثلاثة للموصى له ، والباقي للبنين . هذا كلام الأستاذ ، وتعجب الامام من إرساله الكلام هكذا ، لاستحالة أن يكون الأمر في ذلك على التخيير ، والفرض كيف شاء الفارض ، فإن الأقدار تختلف باختلاف العدد المفروض . فإذا كان المال تسعة ، فالجذر ثلاثة . وإذا كان ستة عشر ، فالجذر أربعة . وفيه إشكال آخر ، وهو أن كل عدد ، مجذور ، إلاّ أن من الأعداد ما ينطق بجذره ، ومنها ما لا ينطق ، كما سبق وليس في اللفظ إلاّ جذر المال ، فلم حمل على مجذور صحيح ؟ ولم شرط أن ينقسم الباقي صحيحاً على الورثة ؟ فإذاً كلام الأستاذ على ما ذكره الامام ، محمول على ما إذا قيد الموصي وصيته بما يقتضي الحمل على عدد معين من الأعداد المجذورة . فإذا قال : نزِّلوا مالي على أول مجذور صحيح إذا طرح جذره انقسم

الباقي على سهام ورثتي بلا كسر ، تعين الحمل على الصورة المذكورة على تسعة ، وكانت الوصية بثلث المال . وإن عين مرتبة أخرى ، تعينت . قال الامام : فإن أطلق الوصية بالجذر ، ولم يقيد بشيء من ذلك ، لكن أراد بالجذر ما يريده الحسَّاب ، فإن كان ماله مقدراً بكيلٍ ، أو وزن ، أو ذرع ، كالأرض ، أو عدد ، كالجوز ، نزّل عليه . ثم إن كان جذره مما ينطق به . فذاك ، وإلاّ ، فالقدر المتيقن بسلَّم للموصى له ، والقدر المشكوك فيه ، يفصل أمره بالتراضي . وإن لم يكن المال مقدراً بشيء من ذلك ، كعبد وجارية ، قوِّم ودفع جذر القيمة إلى الموصى له .

ومنها : الوصية بجذر النصيب . فلو أوصى وله ثلاثة بنين بجذر نصيب أحدهم ، قال الأستاذ : يجعل نصيب كل ابن عدداً مجذوراً ، ثم يجمع أنصباء البنين ، ويزاد عليها جذر نصيب أحدهم ، فمابلغ صحت منه القسمة . فإن جعلنا نصيب كل ابن واحداً ، فأنصباؤهم ثلاثة ، تزيد عليها واحداً ، تبلغ أربعة تصح منها القسمة . وإن جعلنا النصيب أربعة ، فأنصباؤهم اثنا عشر ، تزيد عليها اثنين ، تبلغ أربعة عشر تصح منها القسمة . ولو أوصى بجذريَ نصيب أحدهم ، وفرضنا النصيب أربعة ، فأنصباؤهم اثنا عشر ، تزيد عليها جذري النصيب ، تبلغ ستة عشر منها تصح القسمة . ولو أوصى بكعب نصيب أحدهم ، جعلنا النصيب مكعباً ، وجمعنا الأنصباء ، وزدنا عليها كعب نصيب . قال الامام : وليكن هذا الجواب فيما إذا تقيدت الوصية كما ذكرنا ، أو فيما إذا قال السائل : كيف يصور عدد تصح منه الوصية والميراث ؟ فيجاب بأنه يمكن فيه وجوه .

منها : كيت وكيت . أما إذا أطلق الوصية بجذر النصيب ، فذكر فيه احتمالين . أظهرهما : أنه ينظر في حصة ابن من التركة ، فيؤخذ جذره منطوقاً به أو أصم ، كما ذكرنا في جذر جميع المال ، فيزاد على مسألة الورثة . والثاني : أنه ينظر في نصيب كل واحد من سهام المسألة ، فيؤخذ جذره ، ويزاد على مسألة الورثة . وعلى هذا ، فنصيب كل ابن هنا واحد ، فيزاد على السهام الثلاثة واحد ، ويصير الحكم كما لو أوصى بنصيب أحدهم .

ومنها : الوصية بجذر النصيب وجذر المال معاً ، فلو أوصى وله ثلاثة بنين بجذر نصيب أحدهم لزيد ، وأوصى لعمرو بجذر جميع المال ، فالمفهوم من كلام

الأستاذ أن يقال : إذا كانت وصية زيد جذر نصيب ابن ، فنصيب كل ابن مال ، ثم يجعل المال أموالاً لها جذور صحيحة ، فإن شئت جعلتها أربعة أموال ، فتكون وصية عمرو جذرين ، كما أن جذر أربعة من العدد اثنان ، فتكون الوصيتان ثلاثة أجذار ، وتسقطها من المال ، يبقى أربعة أموال إلاّ ثلاثة أجذار تعدل أنصباء الورثة وهي ثلاثة أموال ، فتجبر وتقابل ، فأربعة أموال تعدل ثلاثة أموال وثلاثة أجذار ، تسقط الجنس بالجنس ، فمال يعدل ثلاثة أجذار ، فالجذر ثلاثة ، والمال تسعة ، وتقدير الكلام : مال يعدل ثلاثة أجذاره ، وحينئذٍ فالتركة ستة وثلاثون ، لأنها أربعة أموال ، ونصيب كل ابن تسعة ، يأخذ زيد جذر النصيب وهو ثلاثة ، وعمرو جذر المال وهو ستة ، يبقى سبعة وعشرون للبنين . قال الامام : وهذه المسألة وضعية ، وطريق تطبيقها على الفقه على ما سبق .

ومنها الوصية بالجذر والنصيب. فإذا أوصى وله ثلاثة بنين بمثل نصيب أحدهم لزيد ، ولعمرو بجذر المال ، يقدَّر كأن البنين أربعة وأوصى بجذر المال وحده ، وقد بان طريقه .

ومنها : الوصية بالجزاء والنصيب مع استثناء الجذر منها .

مثاله : أوصى وله ثلاثة بنين بثلث ماله إلاّ جذر جميع المال ، تدفع إلى الموصى له ثلث المال ، وتسترجع جذراً ، فيكون معك ثلثا مال وجذر تعدل أنصباء الورثة وهي ثلاثة ، فتجعل المال عدداً له ثلث صحيح ، بشرط أن ينقسم ثلثاه مزيداً عليه جذره على ثلاثة ، وليكن ذلك ستة وثلاثين ، فتدفع ثلثها إلى الموصى له ، وتسترجع منه جذر المال وهو ستة ، يبقى عنده ستة ، فقد أخذ ثلث المال إلاّ جذر المال ، يبقى ثلاثون للبنين . ولو أوصى بمثل نصيب أحدهم إلاّ جذر جميع المال ، فخذ مالاً ، وأسقط منه نصيباً ، واسترجع من النصيب جذر المال ، يبقى مال وجذر إلاّ نصيباً تعدل أنصباء البنين ، فتجبر وتقابل ، فمال وجذر تعدل أربعة أنصباء ، فتجعل المال عدداً مجذوراً إذا زيد عليه جذره انقسم على أربعة ، وليكن ستة عشر ، إذا زيد عليه جذره كان عشرين ، إذا قسم على أربعة ، خرج من القسمة خمسة ، فإذا نقصتَ من النصيب جذر المال ، بقي واحد تدفعه إلى الموصى له ، يبقى خمسة عشر للبنين . ولو أوصى بمثل نصيب أحدهم إلاّ جذر نصيب أحدهم ، فالنصيب عدد

مجذور . فإن جعلته أربعة ، فالوصية اثنان ، والأنصباء اثنا عشر ، وجملة المال أربعة عشر ، إذا دفعت إلى الموصى له اثنين فقد أخذ مثل نصيب أحدهم إلّا جذر نصيب أحدهم ، وإن جعلته تسعة ، فالأنصباء سبعة وعشرون ، والوصية ستة .

ومنها : الوصية بالجذور المضافة إلى الجذور .

مثاله : ثلاثة بنين ، أوصى لزيد بجذر نصيب أحدهم ، ولعمرو بجذر وصية زيد ، ولبكر بجذر وصية عمرو ، فاجعل وصية بكر ما شئت من الأعداد ، فإن جعلته اثنين ، فوصية عمرو أربعة ، ووصية زيد ستة عشر ، ونصيب كل ابن مائتان وستة وخمسون ، وجملة المال سبعمائة وتسعون .

ومنها : الوصية الجامعة بين الجذر والتكملة .

مثاله : أوصى بتكملة ثلث ماله بجذر نصيب أحدهم ، تجعل ثلث المال مالاً وجذراً ، وتدفع المال إلى الموصى له ، يبقى جذره ، تزيده على ثلثي المال ، يبلغ مالين وثلاثة أجذار وذلك يعدل أنصباء البنين وهي ثلاثة أموال ، فتسقط مالين بمالين ، يبقى ثلاثة أجذار في معادلة مال ، فالجذر ثلاثة ، والمال تسعة ، فثلث المال اثنا عشر ، والوصية تسعة ، تسقطها من المال ، يبقى سبعة وعشرون للبنين ، وقد أخذ الموصى له ثلث المال إلّا جذر نصيب أحدهم .

فصل في الوصايا المتعرضة لمقدر من المال من درهم ودينار وغيرهما : منها : الوصية بالنصيب وبدرهم .

مثاله : أربعة بنين ، وأوصى بمثل نصيب أحدهم وبدرهم ، قال الأُستاذ : اجعل التركة أيّ عدد شئت بعد أن تكون بحيث إذا عزلت منها درهماً وقسمت الباقي بين البنين والموصى له على خمسة كان النصيب الواحد مع الدرهم مثل ثلث التركة أو أقل . فإن جعلت التركة أحد عشر درهماً ، فأسقط منها درهماً ، يبقى عشرة ، لكل واحد سهمان . وإن جعلتها ثلاثة عشر ، فأسقط درهماً ، وأقسم الباقي بينهم ، تخرج القسمة اثنان وخمسان ، فترد على الخارج الدرهم المسقط ، يكون ثلاثة وخمسين للموصى له . فإن أردت زوال الكسر ، فأسقط الدرهم من ثلاثة عشر ، واضرب الباقي بخمسة ، تبلغ ستين ، لكل ابن اثنا عشر ، وللموصى له مثل ذلك

بزيادة درهم . واستدرك الامام فقال : المدفوع إلى الموصى له يختلف باختلاف الأعداد المفروضة ، والفتوى لا تحتمل التخيير بين القليل ، فليحمل ما قاله الحسَّاب على مثل ما سبق في الماضي . أما إذا أطلق الوصية ، فتنزَّل على ما يوجد في التركة ، تعزل منها درهماً ، ثم تقسم الباقي بين البنين والموصى له . ثم إن انحصرت الوصية في الثلث ، نفذت ، وإلّا ، فتعتبر الاجازة . وهذا الاستدراك لا بد منه في أكثر أنواع الفصل .

ومنها : الوصية بالنصيب مع استثناء درهم . فإذا أوصى له أربعة بنين بمثل نصيب أحدهم إلّا درهماً ، فإن جعلت للموصى له درهمين ، فاجعل لكل ابن ثلاثة ، واجعل التركة أحداً وعشرين . وإن جعلت له ثلاثة ، فاجعل لكل ابن أربعة ، واجعل التركة خمسة عشر .

ومنها : الوصية بجزءٍ شائع وبدرهم .

فإذا أوصى وله ثلاثة بنين بسدس ماله وبدرهم ، فيخرج سدس التركة ودرهم ، ويقسم الباقي بين الورثة . وبطريق الجبر ، تأخذ مالاً ، وتسقط منه سدسه ودرهماً، يبقى خمسة أسداس مال إلّا درهماً تعدل ثلاثة أنصباء ، فتجبر وتقابل ، فخمسة أسداس المال تعدل ثلاثة أنصباء ودرهماً ، فتكمل أجزاء المال ، بأن تزيد عليها مثل خمسها ، وتزيد على العديل خمسة ، فمال يعدل ثلاثة أنصباء وثلاثة أخماس نصيب ودرهماً وخمس درهم ، فاضرب الأنصباء الثلاثة وأخماس النصيب في عدد ، يبلغ الحاصل منه مزيداً عليه الدرهم والخمس عدداً صحيحاً ، وذلك بأن تضربها في ثلاثة ، فيحصل عشرة وأربعة أخماس درهم ، إذا زدت عليها الدرهم والخمس ، بلغ اثني عشر درهماً منها تصح القسمة ، لصاحب السدس والدرهم ثلاثة ، ولكل ابن ثلاثة .

ومنها : الوصية بجزءٍ شائع مع استثناء درهم .

فإذا أوصى وله ثلاثة بنين بسدس ماله إلّا درهماً ، فخذ مالاً ، وأسقط منه سدس ، واسترجع من السدس درهماً ، يحصل معك خمسة أسداس مال ودرهم ، تعدل ثلاثة أنصباء ، فتكمل أجزاء المال ، بأن تزيد عليها خمسها ، وتزيد الخمس على كل ما في المعادلة ، فمال ودرهم وخمس درهم تعدل ثلاثة أنصباء وثلاثة

أخماس نصيب ، فتضرب هذه الأنصباء والأخماس في عدد إذا نقص من الحاصل من الضرب درهم وخمس كان الباقي عدداً صحيحاً وهو سبعة ، فإذا ضربت سبعة في ثلاثة وثلاثة أخماس ، حصل خمسة وعشرون وخُمس ، فإذا نقص منها درهم وخُمس ، بقي أربعة وعشرون منها تصح المسألة ، للموصى له سدسها ، يسترجع منه درهم ، يبقى أحد وعشرون للبنين .

ومنها : الوصية بالنصيب وبجزءٍ وبدرهم أو دراهم ، أو مع استثناء درهم أو دراهم .

مثاله : خمسة بنين ، وأوصى لزيد بمثل نصيب أحدهم ودرهم ، ولعمرو بثلث ما بقي من ثلثه ودرهم ، تأخذ ثلث مال ، وتسقط منه نصيباً ودرهم ، يبقى ثلث مال إلاّ نصيباً ودرهماً ، تسقط لعمرو من هذا الباقي ثلثه ودرهماً ، يبقى تُسعا مال إلاّ ثلثي نصيب وإلاّ درهماً وثلثي درهم ، تزيده على ثلثي المال ، يكون ثمانية أتساع مال إلاّ ثلثي نصيب ، وإلاّ درهماً وثلثي درهم تعدل خمسة أنصباء ، فتجبر وتقابل ثمانية أتساع مال تعدل خمسة أنصباء وثلثي نصيب ودرهماً وثلثي درهم ، تكمل أجزاء المال ، بأن تزيد عليها ثمنها ، وتزيد على كل ما في المعادلة ثمنه ، فمال يعدل ستة أنصباء وثلاثة أثمان نصيب ودرهماً وسبعة أثمان درهم ، فتطلب عدداً إذا ضرب في ستة وثلاثة أثمان يكون الحاصل منه مزيداً عليه درهم وسبعة أثمان عدداً صحيحاً ، وهو ثلاثة إذا ضربتها بستة وثلاثة أثمان حصل تسعة وعشرون ، إذا زيد عليه درهم وسبعة أثمان كان أحداً وعشرين ، فمنه القسمة ، والنصيب ثلاثة ، تضرب الأنصباء في الثلاثة ، تأخذ ثلث المال وهو سبعة ، فتدفع منها إلى زيد أربعة بالنصيب والدرهم ، يبقى ثلاثة ، تدفع ثلثها إلى عمرو ، يبقى درهم ، تزيده على ثلثي المال ، يكون خمسة عشر للبنين الخمسة .

مسألة : ستة بنين ، وأوصى لزيد بمثل نصيب أحدهم ، ولعمرو بسدس مال إلاّ درهماً ، تأخذ مالاً ، وتسقط منه نصيباً لوصية زيد ، وسدسه إلاّ درهماً لوصية عمرو ، يبقى خمسة أسداس مال وردهم إلا نصيباً تعدل ستة أنصباء فتجبر وتقابل ، وتكمل أجزاء المال بزيادة خمسها ، وتزيد على ما في المعادلة خمسة ، فمال ودرهم وخمس درهم تعدل ثمانية أنصباء [illegible]مسي نصيب ، فتضرب الأنصباء والخمسين في عدد إذا نقص مما يحصل من الضرب درهم وخمس كان الباقي عدداً صحيحاً . وهو

ثلاثة ، إذا ضربتها في ثمانية وخمسين ، حصل خمسة وعشرون وخمس درهم ، إذا نقص منه درهم وخمس ، بقي أربعة وعشرون منها القسمة ، والنصيب ثلاثة ، فتعطي عمراً السدس إلّا درهماً وهو ثلاثة ، وزيداً ثلاثة ، يبقى ثمانية عشر للبنين الستة .

مسألة : ابنان ، وأوصى لزيد بمثل نصيب أحدهما ، ولعمرو بمثل ما تبقى من النصف وبدرهم ، والتركة عشرون درهماً ، تأخذ نصف التركة عشرة ، وتسقط منه نصيباً ، تسقط من هذا الباقي نصفه ودرهماً لعمرو وهو ستة إلّا نصف نصيب ، يبقى من العشرة أربعة إلّا نصف نصيب ، تزيدها على نصف المال ، تبلغ أربعة عشر درهماً إلّا نصف نصيب تعدل نصيبي الابن ، تجبر وتقابل ، فأربعة عشر تعدل نصيبين ونصف نصيب ، تبسطها أنصافها ، فالمال ثمانية وعشرون ، والنصيب خمسة ، تقسم المال على النصيب ، يخرج من القسمة خمسة دراهم وثلاثة أخماس درهم ، فهو النصيب ، تأخذ عشرة ، وتدفع إلى زيد منها خمسة دراهم وثلاثة أخماس درهم ، يبقى أربعة دراهم وخُمسان ، تدفعها نصفها ودرهماً آخر إلى عمرو ، يبقى من العشرة درهم وخمس ، تزيده على العشرة الأُخرى ، يكون أحد عشر وخُمساً للابنين ، لكل ابن خمسة دراهم وثلاثة أخماس درهم .

فصل في نوادر الفصول المتقدمة : **مسألة** : ثلاثة بنين وبنت ، أوصى لزيد بمثل نصيب البنت وثلث ما أوصى به لعمرو ، ولعمرو بمثل نصيب أحد البنين وربع ما أوصى به لزيد ، فتجعل وصية زيد عدداً له ربع يكون أربعة دنانير ، ووصية عمرو عدداً له ثلث ، وليكن ثلاثة دراهم ، وتعلم أنك إذا نقصت من وصية زيد ثلث وصية عمرو وهو درهم ، بقي أربعة دنانير إلّا درهماً ، وذلك نصيب البنت ، لأن جملة وصية زيد مثل نصيب البنت وثلث وصية عمرو ، وإذا نقصت من وصية عمرو ربع وصية زيد وهو دينار ، بقي ثلاثة دراهم إلا ديناراً وهو نصيب الابن ، وإذا بان أن نصيب البنت أربعة دنانير إلا درهماً ، ونصيب الابن ثلاثة دراهم إلا ديناراً ، قابلت بين الجملتين ، وضعَّفت نصيب البنت ليعادل نصيب الابن ، وضعفه ثمانية دنانير إلا درهمين تعدل ثلاثة دراهم إلا ديناراً ، فتجبر كل واحد من الاستثناءين وتقابل ، فتسعة دنانير تقابل خمسة دراهم ، فالدينار خمسة أسهم ، والدرهم تسعة أسهم ، وكانت

وصية زيد أربعة دنانير ، فهي إذاً عشرون ، ووصية عمرو ثلاثة دراهم ، فهي إذاً سبعة وعشرون ، ونصيب كل ابن اثنان وعشرون ، لأنه ثلاثة دراهم وهي سبعة وعشرون إلا ديناراً ، وهو خمسة ، ونصيب البنت أحد عشر ، لأنه أربعة دنانير ، وهو عشرون إلا درهماً ، وهو تسعة ، فوصية زيد مثل نصيب البنت وهو أحد عشر ، ومثل ثلث وصية عمرو وهو تسعة ، ووصية عمرو مثل نصيب ابن وهو اثنان وعشرون ، مثل ربع وصية زيد ، وهو خمسة .

مسألة : ثلاثة بنين ، وأوصى بمثل نصيب أحدهم إلا ما انتقص من أحدهم بالوصية فتقول : لو لم يكن وصية ، لكان لكل ابن ثلث المال وقد انتقص منه بالوصية شيء ، فثلث المال نصيب وشيء ، والمال كله ثلاثة أنصباء وثلاثة أشياء ، يعطى الموصى له نصيباً إلا شيئاً ، يبقى نصيبان وأربعة أشياء تعدل ثلاثة أنصباء ، تسقط نصيبين بنصيبين ، يبقى نصيب يعدل أربعة أشياء ، والتركة ثلاثة أنصباء وثلاثة أشياء ، فهي إذاً خمسة عشر سهماً ، والوصية نصيب إلا شيئاً ، وهي ثلاثة أسهم ، يبقى اثنا عشر سهماً للبنين ، وقد أخذ الموصى له مثل نصيب أحدهم إلاّ ما انتقص بالوصية وهو سهم من خمسة عشر ، لأنه لولا الوصية لكان لكل واحد منهم خمسة من خمسة عشر .

مسألة : ثلاثة بنين ، وأوصى لزيد بمثل نصيب أحدهم إلا ربع ما تبقى من ماله بعد الوصايا كلِّها ، ولعمرو بمثل نصيب أحدهم إلا خمس ما تبقى من ماله بعد الوصايا ، ولثالث بمثل نصيب أحدهم إلا سدس ما يبقى بعد الوصايا ، فتعلم أن الباقي من المال بعد الوصايا كلِّها ثلاثة أنصباء ، فوصية زيد نصيب إلا ربع ثلاثة أنصباء وهو ثلاثة أرباع نصيب ، تبقى وصيته بربع نصيب ، ووصية عمرو بنصيب إلا خُمس ثلاثة أنصباء وهو ثلاثة أخماس نصيب ، تبقى وصيته بخمسي نصيب ، ووصية الثالث بنصيب إلا سدس ثلاثة أنصباء وهو نصف نصيب ، فجملة الوصايا ربع نصيب وخمسا نصيب ونصف نصيب ، فهي نصيب وثلاثة أجزاء من عشرين جزءاً من نصيب ، فيبقى مال إلا نصيباً وثلاثة أجزاء من عشرين جزءاً من نصيب ، وذلك يعدل ثلاثة أنصباء ، فتجبر وتقابل ، فمال يعدل يعدل أربعة أنصباء وثلاثة أجزاء من عشرين جزءاً من نصيب ، فتبسطها بأجزاء عشرين ، وتقلب الاسم ، فالمال ثلاثة وثمانون ، والنصيب عشرون ، تلقي الوصايا كلِّها وهي ثلاثة وعشرون ، يبقى ستون للبنين ،

ولزيد نصيب إلا ربع ما تبقى من المال بعد الوصايا وهو خمسة عشر ، فله خمسة ، ولعمرو نصيب إلا خمس ما تبقى بعد الوصايا وهو اثنا عشر ، فله ثمانية وللثالث نصيب إلا سدس ما تبقى بعد الوصايا وهو عشرة ، فله عشرة .

مسألة : خمسة بنين ، فأوصى بمثل نصيب أحدهم إلا سدس ما تبقى من ماله بعد الوصية ، وإلا ثلث ما تبقى من ثلثه بعد الوصية ، فتجعل الوصية شيئاً ، والباقي أنصباء الورثة ، فالمال شيء وثلاثة أنصباء ، فتسقط الوصية ، وتأخذ سدس الباقي وهو نصف نصيب ، فتحفظه ثم تأخذ ثلث المال وهو نصيب وثلث شيء ، فتسقط منه الوصية وهي شيء ، يبقى نصف نصيب إلا ثلثي شيء ، تأخذ ثلثه وهو ثلث نصيب إلا تُسعي شيء وهو المستثنى من النصيب ، فتضمه إلى نصف النصيب المحفوظ ، يصير خمسة أسداس نصيب إلا تُسعي شيء وهو المستثنى من النصيب ، فتضمه إلى الوصية وهي شيء ليكمل النصيب ، فيبلغ خمسة أسداس نصيب وسبعة أتساع شيء ، وذلك يعدل نصيباً ، تسقط خمسة أسداس نصيب بمثلها ، يبقى سدس نصيب في معادلة سبعة أتساع شيء ، فالنصيب الكامل يعدل أربعة أشياء وثلثي شيء ، تبسطها أثلاثاً ، وتقلب الاسم ، فالنصيب أربعة عشر ، والشيء ثلاثة ، والمال كله خمسة وأربعون ، لأنه ثلاثة أنصباء وشيء ، تلقي الوصية من المال ، يبقى اثنان وأربعون ، تأخذ سدسها سبعة وتحفظها ، ثم تلقي الوصية من ثلث المال أيضاً وهو خمسة عشر ، يبقى اثنا عشر ، تأخذ ثلثها وهو أربعة ، وتضمها إلى السبعة المحفوظة ، تبلغ أحد عشر ، تلقيها من النصيب ، يبقى ثلاثة .

مسألة : ثلاثة بنين وبنت ، وأوصى لزيد بمثل نصيب البنت إلا ثلث ما أوصى به لعمرو ، ولعمرو بمثل نصيب أحد البنين إلا ربع ما أوصى به لزيد ، فتجعل وصية زيد عدداً له ربع ، وليكن أربعة دنانير ، ووصية عمرو عدداً له ثلث ، وليكن ثلاثة دراهم . فإذا أخذت ثلث وصية عمرو ، وضممته إلى وصية زيد ، صار أربعة دنانير ودرهماً ، وذلك مثل نصيب البنت ، فنصيب كل ابن ضعفه وهو ثمانية دنانير ودرهمان . وإذا أسقطت من ذلك ربع وصية زيد وهو دينار ، بقي سبعة دنانير ودرهمان وهي وصية عمرو ، وتقابل بها الدراهم التي جعلناها وصية أوَّلًا ، فتسقط درهمين بمثلها ، يبقى سبعة دنانير في مقابلة درهم واحد ، فالدينار واحد ، والدرهم سبعة ، كانت وصية زيد أربعة دنانير ، فهي إذاً أربعة ، وكانت وصية عمرو ثلاثة

دراهم ، فهي إذاً أحد وعشرون ، ونصيب البنت أربعة دنانير ودرهم ، فهو أحد عشر ، ونصيب كل ابن اثنان وعشرون ، فما أخذه زيد مثل نصيب البنت إلا ثلث وصية عمرو ، وما أخذه عمرو مثل نصيب ابن إلا ربع وصية زيد .

مسألة : ابن وبنت ، وأوصى بوصية إذا زدت عليها أربعة دراهم كانت مثل نصيب البنت . وإذا زدت عليها تسعة كانت مثل نصيب الابن ، فاجعل نصيب البنت شيئاً وأربعة دراهم ، ونصيب الابن شيئاً وتسعة دراهم ، ثم تضعّف نصيب البنت يصير شيئين وثمانية دراهم ، وذلك يعدل نصيب الابن ، فتسقط شيئاً بشيء ، وثمانية دراهم بثمانية ، يبقى شيء يعدل درهماً وهو الوصية فإذا زدت درهماً على أربعة ، صارت خمسة وهي نصيب البنت ، وإذا زدت درهماً على تسعة ، صارت عشرة وهي نصيب الابن ، وجملة التركة ستة عشر .

مسألة : ابنان وبنت ، وأوصى لكل واحد من زيد وعمرو بوصية إذا زدت على وصية زيد أربعة دراهم كانت مثل نصيب البنت ، وإذا زدت على وصية عمرو تسعة دراهم كانت مثل نصيب ابن ، والوصيتان معاً عشرون ، كم كانت التركة ؟ وكم كانت الأنصباء وكل وصية ؟ فاجعل نصيب البنت شيئاً ، يكون نصيب الابن شيئين ، وتكون وصية زيد شيئاً إلا أربعة دراهم ، ووصية عمرو شيئين إلا تسعة ، فالوصيتان ثلاثة أشياء إلا ثلاثة عشر درهماً ، وذلك يعدل عشرين درهماً ، فتجبر وتقابل ، فثلاثة أشياء تعدل ثلاثة وثلاثين ، فيكون الشيء أحد عشر ، فهو نصيب البنت ، ونصيب كل ابن اثنان وعشرون : فإذا نقصت من أحد عشر أربعة ، بقي سبعة ، فهي وصية زيد ، وإذا نقصت من اثنين وعشرين تسعة ، بقي ثلاثة عشر ، فهي وصية عمرو ، فالوصيتان معاً عشرون ، والتركة خمسة وسبعون .

مسألة : ثلاثة بنين ، وأوصى لزيد وعمرو وبكر بوصايا هي مثل نصيب ابن ، ووصية زيد وعمرو معاً أكثر من وصية بكر بثلاثة دراهم ، ووصية عمرو وبكر معاً أكثر من وصية زيد بسبعة دراهم ، ووصية زيد وبكر معاً أكثر من وصية عمرو باثني عشر درهماً ، كم التركة ؟ وكم كل وصية ؟ فاجعل نصيب كل ابن شيئاً ، تكون الوصايا كلها شيئاً ، تسقط منه فضل وصية زيد وعمرو على وصية بكر وهو ثلاثة دراهم ، يبقى شيء إلا ثلاثة دراهم ، تأخذ نصفه وهو نصف شيء إلا درهماً ونصفاً ، فهو وصية

بكر ، ثم تسقط منه فضل وصية عمرو وبكر على وصية زيد وهو سبعة ، يبقى شيء إلا سبعة دراهم ، تأخذ نصفه وهو نصف شيء إلا ثلاثة دراهم ونصف درهم ، فهو وصية زيد ، ثم تسقط منه فضل وصية زيد وبكر على وصية عمرو وهو اثني عشر ، يبقى شيء إلاّ اثني عشر ، تأخذ نصفه وهو نصف شيء إلا ستة ، فهي وصية عمرو، وجميعها عند الضّمّ شيء ونصف شيء إلا أحد عشر درهماً ، وذلك يعدل شيئاً فتجبر ، وتقابل ، فشيء ونصف شيء يعدل شيئاً وأحد عشر ، تسقط الشيء بالشيء ، فالنصف يعدل أحد عشر ، والشيء الكامل يعدل اثنين وعشرين، فعرفت أن نصيب كل ابن اثنان وعشرون ، وكذلك جميع الوصايا . فإذا أردت معرفة كل وصية ، فأسقط من مبلغ الجميع فضل وصيتي زيد وعمرو على وصية بكر وهو ثلاثة ، تبقى تسعة عشر ، تأخذ نصفها وهو تسعة ونصف ، فهي وصية بكر ، ثم أسقط منه فضل وصيتي عمرو وبكر على وصية زيد وهو سبعة ، يبقى خمسة عشر ، تأخذ نصفها وهو سبعة ونصف ، فهي وصية زيد ، ثم أسقط منه فضل وصيتي زيد وبكر على وصية عمرو وهو اثنا عشر ، يبقى عشرة ، تأخذ نصفها خمسة ، فهي وصية عمرو ، وجملتها اثنان وعشرون .

ولما كانت الوصايا في هذه الصورة ثلاثاً، وكانت كل اثنتين منها تفضل الثالثة بعدد ، كانت كل مفضولة نصف الباقي من جملة الوصايا بعد إسقاط الفضل . ولو كانت الوصايا أربعاً ، وكل ثلاث تفضل الرابعة بعدد ، كانت المفضولة ثلث الباقي من جملة الوصايا بعد إسقاط الفضل . ولو كانت خمساً ، وكل أربع منها تفضل الخامسة بعدد ، كانت المفضولة ربع الباقي من جملة الوصايا بعد اسقاط الفضل ، وعلى هذا القياس .

مسألة : ابنان ، وأوصى لزيد بمثل نصيب أحدهما ، ولعمرو بثلث ما تبقى من النصف وبدرهم ، وترك ثلاثين درهماً ، فتجعل الوصيتين شيئاً ، وتلقيه من التركة ، يبقى ثلاثون درهماً إلا شيئاً ، لكل ابن خمسة عشر إلاّ نصف شيء ، فهو النصيب ، ثم تأخذ نصف المال وهو خمسة عشر ، فتسقط منه نصيباً وهو خمسة عشر إلاّ نصف شيء ، تأخذ لعمرو ثلاثة وهو سدس شيء ، وتضم إليه درهماً ، فالوصيتان معاً ستة عشر إلاّ ثلث شيء ، وذلك يعدل شيئاً ، فتجبر وتقابل ، فستة عشر درهماً تعدل شيئاً

وثلث شيء ، فالشيء يعدل اثني عشر درهماً ، وهي تعدل جملة الوصيتين ، يبقى ثمانية عشر للابنين ، تأخذ نصف المال وهو خمسة عشر درهماً ، تسقط منه نصيباً وهو تسعة ، تدفعه إلى زيد ، يبقى ستة ، تأخذ ثلثها ودرهماً لعمرو ، يبقى ثلاثة ، تزيدها على النصف الآخر ، تصير ثمانية عشر ، لكل ابن تسعة .

الطرف الرابع : في المسائل الدورية من سائر التصرفات الشرعية . ولنوردها على ترتيب أبوابها في الفقه .

فمنها : البيع ، وقد ذكرنا في « تفريق الصفقة » مسائل منه ، منها : باع مريض قفيزاً جيّداً قيمته عشرون بقفيز قيمته عشرة ، وذكرنا أن هذا البيع باطل في قول ، فتبطل المحاباة التي في ضمنه . وفي قول : يصح البيع في بعض القفيز ببعض القفيز ، واستخرجنا بالجبران ذلك البعض هو الثلثان . ولو باع كُرّاً قيمته خمسون ، بكُرٍ قيمته ثلاثون وله سواه عشرة دراهم ، صح البيع في جميع الكُرّ ، لأنه رجع إليه ثلاثون ، وعنده عشرة ، فيبقى لورثته أربعون ولم يحاب إلا بعشرين . ولو كانت قيمة كرِّ المريض خمسين ، والذي يقابله خمسة عشر وله عشرة ، فتقول : صح البيع في شيء من الكرّ الجيد ، وقابله من الثمن ثلاثة أعشار ذلك الشيء ، فبقيت المحاباة وسبعة أعشار شيء ، ومع الورثة عشرة دراهم وهي عُشرا كُرّ ، فيجتمع معهم كُرٌّ وعُشرا كرّ إلا سبعة أعشار شيء ، وذلك يعدل ضعف المحاباة وهو شيء وأربعة أعشار شيء ، لأن المحاباة سبعة أعشار شيء ، فتجبر وتقابل ، فكرّ وعُشرا كُرٍ تعدل شيئين وعشر شيء ، تبسطها أعشاراً ، فيكون الكر أحداً وعشرين ، والشيء اثني عشر ، فيصح البيع في اثني عشر جزءاً من أحد وعشرين جزءاً من الكر ، وذلك أربعة أسباعه بأربعة أسباع الكر الرديء ، وهي بالقيمة ثلاثة أعشار المبيع من الجيد ، فتجعل الكر عدداً له سُبع وعُشر ، وأقله سبعون ، فيصح البيع في أربعة أسباعه وهي أربعون بثلاثة أعشار الأربعين وهي اثنا عشر ، فبقيت المحاباة بثمانية وعشرين ، ومع الورثة مما بطل البيع فيه ثلاثون وعُشرا كُرٍ وهما أربعة عشر بأجزاء السبعين ، فيجتمع معهم ستة وخمسون ضعف المحاباة ، وبطريق النسبة والتقدير نقول : ثلثا الكُرّ والعشرة المتروكة عشرون ، والمحاباة بخمسة وثلاثين ، والعشرون أربعة أسباع الخمسة والثلاثين ، فيصح البيع في أربعة أسباع الكر .

مسألة : باع كُرّاً قيمته مائة بِكُرّ قيمته خمسون ، وعليه عشرة دراهم ديناً ، فيحط العشرة من ماله ، ويقدِّر كأنه لا يملك إلا تسعين ، وثلثها ثلاثون ، والمحاباة بخمسين ، والثلاثون ثلاثة أخماس الخمسين ، فيصح البيع في ثلاثة أخماس الجيد بثلاثة أخماس الرديء ، فيخرج من ملكه ستون ، ويعود إليه ثلاثون ، ويبقى مما بطل فيه ثلاثون ، وذلك ضعف المحاباة .

فرع : إذا كان على المريض دين وله مال سوى ما باع ، فقابل الدَّين بالتركة ، فإن تساويا ، فكأنه لا دَين ولا تركة ، وإن زاد أحدهما ، اعتبرنا الزائد على ما ذكرناه .

فرع : هذا المذكور هو في بيع الجنس بجنسه الربوي . فلو باع كُرَّ حنطة قيمته عشرون ، بُكرِّ شعير قيمته عشرة ، فإن قلنا : يصح البيع في بعض بقسطه من الثمن ، فهو كبيع الحنطة الجيدة بالرديئة ، فيصح البيع في ثلثي الحنطة بثلثي الشعير وإن قلنا : يصح فيما يحتمله الثلث ، وفيما يوازي الثمن بجميع الثمن ، صح البيع في خمسة أسداس الحنطة بجميع الشعير ، لأنه يصح في قدر الثلث ، وفيما يوازي الشعير بالقيمة وهو النصف ، ولا بأس بالمفاضلة في الكيل .

فصل في بيع المريض بالمحاباة مع حدوث زيادة أو نقص : أما الزيادة ، فالاعتبار في القدر الذي يصح فيه البيع ، بيوم البيع ، وزيادة المشتري غير محسوبة عليه . والاعتبار في القدر الذي يبطل فيه البيع ويبقى للورثة ، بيوم الموت ، ولا فرق بين أن تكون الزيادة بمجرد ارتفاع السوق أو بصفة تزيد في القيمة . فإذا باع عبداً قيمته عشرون بعشرة ، ثم بلغت القيمة أربعين ، وصححنا البيع في بعضه على ما بيناه في « تفريق الصفقة » ، فإن صححناه في بعضه بكل الثمن ، فللمشتري بالعشرة نصف العبد وهي قيمته يوم الشراء ، يبقى نصف العبد وقيمته يوم الموت عشرون ، يضمه إلى الثمن ، يبلغ ثلاثين ، فله من ذلك شيء بالمحاباة ، وشيء يتبع المحاباة بسبب القيمة غير محسوب عليه ، يبقى ثلاثون درهماً إلّا شيئين تعدل ضعف المحاباة وهو شيئان ، فتجبر وتقابل ، فثلاثون درهماً تعدل أربعة أشياء ، فالشيء ربع الثلاثين وهو سبعة دراهم ونصف ، وهذا ما يجوز التبرع فيه وهو ثلاثة أثمان العبد يوم البيع ، فيضم إلى النصف الذي ملكه المشتري بالثمن ، فيحصل له بالثمن والتبرع

سبعة أثمان العبد ، يبقى للورثة ثمنه وهو خمسة يوم الموت ، والثّمن وهو عشرة ، وهما ضعف المحاباة . وإن صححنا البيع في بعضه بقسطه من الثّمن ، فنقول : يصح البيع في شيء من العبد بنصف شيء من الثمن ، فتكون المحاباة بنصف شيء ، ويبطل البيع في عبد إلّا شيء ، وقيمته عند الموت أربعون درهماً إلّا شيئين . وإنما استثنى شيئين ، لأن الاستثناء يزيد بحسب زيادة المستثنى منه ، فيضم إليه الثمن وهو نصف شيء ، يبقى أربعون إلّا شيئاً ونصف شيء ، وذلك يعدل ضعف المحاباة وهو شيء ، فتجبر وتقابل ، أربعون تعدل شيئين ونصف شيء ، فالشيء خمسا الأربعين ، وهما ستة عشر ، وهي أربعة أخماس العبد يوم البيع ، فللمشتري أربعة أخماس العبد بأربعة أخماس الثمن وهي ثمانية ، فتكون المحاباة بثمانية ، وللورثة أربعة أخماس الثمن وهي ثمانية ، وخمس العبد وقيمته يوم الموت ثمانية ، فالمبلغ ستة عشر ضعف المحاباة ، ولا اعتبار بالزيادة الحادثة بعد موت المريض ، بل وجودها كعدمها .

وأما النقص ، فإما أن يحدث في يد المشتري ، وإما في يد البائع المريض .

القسم الأول : إذا حدث النقص في يد المشتري ، فإما أن يحدث قبل موت البائع ، وإما بعده .

فالحالة الأولى ، مثالها : أن يبيع عبداً قيمته عشرون بعشرة ، ثم تعود قيمته إلى عشرة ، ثم يموت البائع ، فإن صححنا البيع في بعض العبد بجميع الثمن ، قلنا : ملك المشتري نصف العبد بالعشرة ، ونضم نصفه الآخر يوم الموت وهو خمسة إلى الثمن ، يبلغ خمسة عشر ، للمشتري شيء من ذلك المحاباة ، وذلك الشيء محسوب عليه بشيئين ، لأن النقص بالقسط محسوب على المتبرّع عليه ، فيبقى للورثة خمسة عشر إلّا شيئاً يعدل ضعف المحسوب عليه من المحاباة وهو أربعة أشياء ، فتجبر وتقابل ، فخمسة عشر تعدل خمسة أشياء ، فالشيء ثلاثة ، وهي ثلاثة أعشار العبد يوم الموت . وإذا انضم إليها النصف الذي ملكه بالثمن وهو خمسة يوم الموت ، كان المبلغ ثمانية وهي أربعة أخماس العبد يوم الموت ، فيصح البيع في أربعة أخماس العبد وهو ستة عشر بجميع الثمن وهو عشرة ، يبقى التبرع بستة ، وللورثة خُمس العبد وهو درهمان ، والثمن وهو عشرة ، فالجملة اثنا عشر ضعف

المحاباة . وإن صححنا البيع في بعضه بالقسط ، قلنا : يصح البيع في شيء من العبد بنصف شيء من الثمن ، ويبطل في عبد ناقص بشيء ، وقيمته يوم الموت عشرة إلّا نصف شيء ، فتضم الحاصل من الثمن وهو نصف شيء إليه ، فيكون عشرة دراهم بلا استثناء ، وهي تعدل ضعف المحاباة ، وهي شيء ، فالشيء عشرة دراهم ، وهي نصف العبد يوم البيع ، فيصح البيع في نصفه وهو عشرة بنصف الثمن وهو خمسة ، فالمحاباة بخمسة دراهم ، وللورثة نصف العبد يوم الموت وهو خمسة ، ونصف الثمن وهو خمسة ، وجملتها ضعف المحاباة . وفقه هذه الحالة : أن ما صح فيه البيع ، فحصته من النقص محسوبة على المشتري ، لأنه مضمون عليه بالقبض . وما بطل فيه البيع ، فحصته من النقص غير مضمونة على المشتري ، لأنه أمانة في يده ، لأنه لم يتعدَّ بإثبات اليد عليه ، ولا قَبَضه لمنفعة نفسه ، واستدرك إمام الحرمين فقال : إن كان النقص بانخفاض السوق ، فهذا صحيح ، لأن نقص السوق لا يضمن باليد مع بقاء العين . فإن كان النقص في نفس العبد ، فيحتمل أن يقال : إنه مضمون على المشتري ، لأنه مقبوض على حكم البيع . حتى لو برأ المريض ، كان البيع لازماً في الجميع . فعلى هذا ، يصير المشتري غارماً لقدر من النقصان مع الثمن ، ويختلف القدر الخارج بالحساب .

الحالة الثانية : أن يحدث النقص بعد موت البائع ، فظاهر ما ذكره الأُستاذ أبو منصور ، أنه كما لو حدث قبل الموت ، حتى يكون القدر المبيع هنا كالقدر المبيع فيما إذا حدث قبل موته . قال الامام : وهذا خطأ إن أراد هذا الظاهر ، لأن النظر في التركة وحساب الثلث والثلثين إلى حالة الموت ، ولا معنى لاعتبار النقص بعده ، كما لا تعتبر الزيادة .

القسم الثاني : إذا حدث النقص في يد البائع ، بأن باع مريض عبداً يساوي عشرين بعشرة ، ولم يسلمه حتى عادت قيمته إلى عشرة ، ذكر الأُستاذ : أنه يصح البيع في جميعه ، لأن التبرع إنما يتم بالتسليم ، وقد بان قبل التسليم أنه لا تبرع . قال : وكذا لو عادت قيمته إلى خمسة عشر ، لأن التبرع يكون بخمسة ، والثلث وافٍ بها . واعترض الامام بأن التبرع الواقع في ضمن البيع لا يتوقف نفوذه وانتقال الملك فيه على التسليم ، فوجب أن ينظر إلى وقت انتقال الملك ، وأن لا يفرق بين النقص قبل القبض وبعده ، وهذه الاعتراضات بيِّنة .

فرع : الحادث في يد المشتري ، إن كان بانخفاض السوق ، لم يدفع خيار المشتري بتبعضٍ الصفقة عليه . وإن كان لمعنى في نفس المبيع ، فقد شبَّهوه بالعيب الحادث مع الاطِّلاع على العيب القديم .

فصل : محاباة المشتري تعتبر من الثلث كمحاباة البائع . فإذا اشترى مريض عبداً قيمته عشرة بعشرين لا يملك غيرها ، فثلث ماله ستة وثلثان ، والمحاباة عشرة ، والستة والثلثان ثلثا العشرة ، فيصح الشراء في ثلثي العبد وهو ستة وثلثان بثلثي الثمن وهو ثلاثة عشر وثلث ، يبقى مع الورثة ثلث الثمن وهو ستة وثلثان ، وثلثا العبد وهو ستة وثلثان ، وذلك ضعف المحاباة . هذا إن أجاز البائع البيع ، وله أن يفسخ ويسترد العبد لتبعض الصفقة عليه . ولو اشترى عبداً قيمته عشرة بعشرين ، فزادت قيمة العبد في يده ، أو في يد البائع ، فصارت خمسة عشر ، فقد زادت خمسة في تركته . فإن قلنا : يصح الشراء في بعض ما حابى فيه بجميع ما يقابله ، فتضم الخمسة الزائدة إلى الثمن ، فيصير جميع التركة خمسة وعشرين ، وثلثها ثمانية وثلث ، فيقال للبائع : ثلث ماله ثمانية وثلث ، وقد حاباك بعشرة ، فاما أن تفسخ البيع وتسترد العبد ، وإما أن ترد ما زاد على الثلث وهو درهم وثلثان . فإن ردّ فمع الورثة العبد ، وقيمته يوم الموت خمسة عشر ، ومعهم درهم وثلثان ، والجملة ضعف المحاباة . وإن قلنا : يصح الشراء في بعضه ببعض ما يقابله ، قلنا : يصح الشراء في شيء من العبد بشيئين من الثمن ، فتكون المحاباة بشيء ، يبقى عشرون درهماً إلّا شيئين ، تضم إليها المشتري من العبد وكان شيئاً ، فصار شيئان ونصف شيء ، تبلغ عشرين إلّا نصف شيء ، وذلك يعدل ضعف المحاباة وهو شيئان ، فتجبر وتقابل ، فالعشرون تعدل شيئين ونصف شيء ، ثمانية وهي خمسا العشرين وأربعة أخماس العبد فيصح البيع في أربعة أخماس العبد وهي ثمانية بأربعة أخماس وهي ستة عشر ، فتكون محاباة المشتري بثمانية ، يبقى للورثة خمس الثمن وهي أربعة ، وأربعة أخماس العبد وهي اثنا عشر يوم الموت ، فالجملة ستة عشر ضعف المحاباة . ولو اشترى كما ذكرنا ، ثم نقص العبد في يد المريض فعادت قيمته إلى خمسة ، فإن قلنا بالأول من القولين ، فقد كانت تركته عشرين ، وصارت بالآخرة خمسة عشر ، وثلثها خمسة ، فيقال للبائع : إما أن تردَّ على الورثة خمسة ليكون معهم العبد وهو خمسة والدراهم الخمسة فيكون لهم ضعف الخمسة ، وإما أن تفسخ

البيع وتردّ الثمن بتمامه وتسترد العبد ناقصاً ولا ضمان . وإن قلنا بالتقسيط ، فقال الأستاذ أبو منصور : يضمن المشتري قسط ما بطل فيه البيع من النقصان ، وينقص ذلك من التركة كدَين يلزم قضاؤه . قال الامام : هذا رجوع إلى ما قدمناه أن المأخوذ على أنه مبيع يكون مضموناً عليه ، ومناقض لما ذكر الأستاذ أن ما لا يصح فيه البيع أمانة في يد المشتري ، ثم حسابه أن يقال : صح الشراء في شيء من العبد بشيئين من الثمن ، وبطل في عبد ناقص بشيء قيمته بالتراجع خمسة دراهم إلّا نصف شيء ، فينقص القدر الذي نقص من التركة ، يبقى خمسة عشر درهماً إلّا شيئاً ونصف شيء ، تضم إليه الشيء المشترى من العبد وقد رجع إلى نصف ، فيكون الحاصل خمسة عشر درهماً إلّا شيئاً تعدل ضعف المحاباة وهو شيئان ، فتجبر وتقابل ، فخمسة عشر تعدل ثلاثة أشياء ، فالشيء ثلث الخمسة عشر وهو نصف العبد ، فيصح الشراء في نصف العبد بنصف الثمن ، فتكون المحاباة بخمسة ، يبقى للورثة نصف الثمن وهو عشرة ، ونصف العبد وهو اثنان ونصف ، تسقط من المبلغ قسط ما بطل العقد فيه من النقصان وهو اثنان ونصف ، يبقى في أيديهم عشرة ضعف المحاباة .

فرع : اشترى مريض عبداً يساوي عشرة بعشرين ، وله ثلاثون درهماً ، وقبض العبد وأعتقه ، فالمحاباة بعشرة وهي ثلث ماله ، قال ابن الحداد : إن كان ذلك قبل توفية الثمن على البائع ، نفذ العتق وبطلت المحاباة ، والبائع يأخذ قدر قيمة العبد بلا زيادة ، لأن المحاباة في الشراء كالهبة ، فإذا لم تكن مقبوضة حتى جاء ما هو أقوى منها وهو العتق ، أبطلها . وإن كان بعد توفية الثمن ، بطل العتق ، لأن المحاباة المقبوضة استغرقت الثلث . قال الشيخ أبو علي : قد أكثر ابن الحداد التبجح بهذه المسألة ، وهو غالط فيها عند الأصحاب كلِّهم ، وقالوا : لا فرق في المحاباة بين أن تكون مقبوضة أو لا تكون ، لأنه متعلقها بالمعاوضة ، والمعاوضات تلزم بنفس العقد ، ولهذا يتمكن الواهب من إبطال الهبة قبل القبض ، ولا يتمكن من إبطال المحاباة ، والحكم في الحالتين تصحيح المحاباة المتقدمة وإبطال العتق المتأخر . قال : وأما قوله : يأخذ البائع قيمة العبد بلا زيادة ، فهذا لا يجوز أن يلزم ويكلَّف به ، لأنه لم يزل ملكه إلّا بعشرين ، لكن يخيَّر بين ما ذكره وبين أن يفسخ ويبطل العتق .

فرع : باع مريض قفيز حنطة قيمته خمسة عشر لأخيه بقفيز قيمته خمسة ،

فمات أخوه قبله ، وخلف بنتاً وأخاه البائع ثم مات البائع ولا مال لهما سوى القفيزين ، صح البيع في شيء من القفيز الجيد ، ويرجع بالعوض ثلث شيء ، يبقى معه قفيز إلّا ثلثي شيء ، فالمحاباة بثلثي شيء ، ويحصل مع المشتري شيء من القفيز الجيد والباقي من قفيزه وهو قيمة القفيز الجيد ثلث قفيز إلّا ثلث شيء ، فهما معاً ثلث قفيز وثلثا شيء ، يرجع نصفه بالإرث إلى البائع وهو سدس قفيز وثلث شيء ، فتزيده على ما كان للبائع ، فالمبلغ قفيز وسدس قفيز إلّا ثلث شيء ، وهذا يعدل ضعف المحاباة ، وهو شيء وثلث شيء ، فتجبر وتقابل ، فقفيز وسدس قفيز تعدل شيئاً وثلثا شيء ، فتبسطهما أسداساً ، وتقلب الاسم ، فالقفيز عشرة ، والشيء سبعة ، فيصح البيع في سبعة أعشار الجيد ، وهي عشرة ونصف ، بسبعة أعشار الرديء ، وهو ثلاثة ونصف ، فتكون المحاباة بسبعة ، يبقى مع البائع من قفيزه أربعة ونصف ، وقد أخذ بالعوض ثلاثة دراهم ونصفاً ، فالمجموع ثمانية ، وللمشتري من قفيزه درهم ونصف ، ومن القفيز الجيد عشرة ونصف ، تكون اثني عشر درهماً ، يرجع نصفه إلى البائع وهو ستة ، يبلغ ما عنده أربعة عشر وهو ضعف المحاباة . ولو كان القفيز الرديء نصف قيمة الجيد ، والجيد يساوي عشرين ، صح البيع في الجميع ، لأنه تكون المحاباة بعشرة ، فيبقى عنده عشرة ، ويرجع إليه بالإرث عشرة .

فرع : باع مريض عبداً يساوي عشرين بعشرة ، فاكتسب العبد عشرين في يد البائع أو في يد المشتري ، ثم مات المريض فإن ترك عشرة سوى ثمن العبد ، نفذ البيع في جميع العبد ، وكان الكسب للمشتري ، وإن لم يملك شيئاً آخر ، بطل البيع في بعض العبد ، لأن المحاباة لم تخرج من الثلث . ثم حكى الامام عن الأستاذ ، أن جميع الكسب للمشتري ، لأنه حصل في ملكه ثم عرض الفسخ والرد كاطلاع المشتري على عيب قديم ، فإنه يردّ ويبقى له الكسب ، قال : وهذا زَلَلٌ عظيم ، بل الوجه القطع بأن الكسب يتبعض بتبعيض العبد كما في العتق ، وليس هذا فسخاً وردّاً للبيع في بعض العبد ، بل يتبين صحة البيع وحصول الملك للمشتري في بعض العبد دون بعضه ، وهذا حق ، لكن الأستاذ لم يقل هذا عن نفسه حتى يشنع عليه ، وإنما نقله عن ابن سريج وأكثر الأصحاب ، ثم حكى عن بعضهم أن الكسب كالزيادة الحادثة في قيمته . وعلى هذا ، فحكمه التبعيض كالزيادة . ولو اشترى المريض عبداً قيمته عشرة بعشرين فاكتسب ، فالكسب كالزيادة في القيمة ، لكن التركة تزداد

به ، وحكم الزيادة ما سبق .

فرع : اشترى مريض عبداً بعشرة ، وترك سواه بعشرين ، وأوصى لزيد بعشرة ، ثم وجد بالعبد عيباً ينقصه خمسة ، فاختار إمساكه ، جاز ، وكأنه حاباه بخمسة ، والمحاباة مقدمة على الوصية ، وللموصى له باقي الثلث وهو خمسة . وإن وجد الورثة العبد معيباً وأمسكوه ، فلزيد العشرة ، وما نقص بالعيب كأنهم أتلفوه ، لأنهم لو شاؤوا لفسخوا أو استردوا الثمن . ولو اشترى عبداً بثلاثين فأعتقه ، وخلف ستين درهماً ، ثم وجد الورثة به عيباً ينقصه خمسة دراهم ، رجعوا على البائع بالأرش . ولو وهبه وأقبضه ، لم يرجعوا به ، لأنه ربما عاد إليهم فيردونه . هذا جواب الأستاذ ، وفيه وجه مشروح في موضعه . ولو لم يخلف غير العبد وكان قد أعتقه ، عتق منه خمساه وهو عشرة دراهم ، ويرجع الورثة بالأرش وهو خمسة على البائع ، ولهم مع ذلك ثلاثة أخماس العبد وهي خمسة عشرة ، فيكون عشرين ضعف المحاباة . قال الأستاذ : وللبائع أن يأخذ ثلاثة أخماس العبد ، ويردّ ثلاثة أخماس الثمن ، ويغرم أرش خمسيه وهو درهمان . ولو كان قد وهبه وأقبضه بدل الاعتاق ، فالخمسة الناقصة تحسب من الثلث ، لأن المريض هو الذي فوت الرجوع بالأرش بما أنشأ من الهبة ، وللموهوب له خُمُسه وهو خمسة ، وللورثة أربعة أخماسه وهي عشرون .

فرع : ترك عبداً قيمته ثلاثون ، وأوصى ببيعه لزيد بعشرة ، فثلث ماله عشرة ، وأوصى بالمحاباة بعشرين ، فإن لم تجز الورثة ، بيع منه على قول ثلثا العبد بجميع العشرة لتحصل له المحاباة بقدر الثلث ، وللورثة ضعفه . وعلى قول التقسيط ، يباع منه نصف العبد بنصف الثمن . ولو أوصى مع ذلك بثلث ماله لعمرو ، فالثلث بينهما على ثلاثة ، لزيد سهمان ، ولعمرو سهم .

فصل : ومن التصرفات الدورية السَّلَم . فإذا أسلم المريض عشرة في قدر من الحنطة مؤجلاً يساوي عشرة ، ومات قبل حلول الأجل ، فللوارث الخيار . فإن أجاز ، فالسَّلَم بحاله . وإن قالوا : لا نرضى بالأجل في محل حقنا وهو الثلثان ، فلهم ذلك كما ذكرنا في « بيع الأعيان بثمن مؤجل » ، وحينئذٍ فالمسلَم إليه بالخيار . إن شاء فسخ السَّلم وردَّ رأس المال بتمامه ، وإن شاء ردَّ ثلثي رأس المال وفسخ العقد في الثلثين وبقي الثلث عليه مؤجَّلاً ، وإن شاء عجَّل ثلث ما عليه ويبقى الثلث عليه

مؤجلاً ، وأيهما اختار سقط حق الورثة من الفسخ . ولو أسلم عشرة في قدر يساوي ثلاثين ، فللورثة الخيار أيضاً مع الغبطة بسبب الأجل ، وللمسلَم الخيار كما ذكرنا ، ويكفيه أن يجعل مما عليه ثلثي العشرة وذلك تُسعا ما عليه من الحنطة ، ويكون الباقي عليه إلى انقضاء الأجل . ولو أسلم الثلاثين في قدر يساوي عشرة ، فللورثة الاعتراض هنا بسبب الأجل وبسبب التبرع . فإذا لم يجيزوا ، فالمسلَم إليه بالخيار ، إن شاء فسخ السلم وردَّ رأس المال ، وإن شاء فسخه في الثلاثين ورد ثلثي رأس المال ، ويكون الباقي عليه إلى أجله ، فإن شاء عجل ما عليه ما زاد من المحاباة على الثلث ، ولا يكفيه تعجيل ما عليه هنا ، لأنه لا يحصل للورثة ثلثا المال ، ولو عجل نصف ما عليه مع نصف رأس المال وفسخ السلم في النصف ، كفى . ولو أسلم مريض إلى رجلين ثلاثين درهماً في قفيز من الحنطة قيمته عشرة إلى أجل ، ولم يجز الورثة ، واختار المسلَم إليهما إمضاء السلم فيما يجوز فيه السلم ، فإن قلنا : يصح العقد في بعض ما حابى فيه بقسطه ، صح لهما السلم في نصف المسلَم فيه ، وقيمته خمسة دراهم ، بنصف رأس المال وهو خمسة عشر ، فتكون المحاباة بعشرة ، وللورثة نصف المسلم فيه وهو خمسة ، ونصف رأس المال وهو خمسة عشر ، وذلك ضعف المحاباة . وإن قلنا : يصح العقد في بعض ما حابى به بجميع الثمن ، فإذا أمضيا العقد ، صح السلم في جميع القفيز بثلثي رأس المال ، فيؤديان القفيز ويردّان عشرة دراهم .

فصل : ومنها الضمان ، والاقرار ، والشفعة . وقد ذكرنا مثال الدور فيها في أبوابها .

ومن صوره في الاقرار ، قال زيد لعمرو : عليَّ عشرة إلّا نصف ما على بكر ، وقال بكر لعمرو : عليَّ عشرة إلّا نصف ما على زيد ، فعلى كلٍّ واحد من زيد وبكر عشرة إلّا شيئاً ، تأخذ نصف ما على أحدهما وهو خمسة إلا نصف شيء ، وذلك يعدل الشيء الناقص من العشرة ، فخمسة إلا نصف شيء تعدل شيئاً ، فتجبر وتقابل ، فخمسة تعدل شيئاً ونصفاً ، فالشيء ثلثا الخمسة وهو ثلاثة وثلث ، فهي الشيء ، تسقطها من العشرة ، يبقى ستة وثلثان ، فهي الواجب على كل واحد منهما . ولو قال : كل واحد منهما عشرة إلّا ربع ما على الآخر ، قلنا : على كل واحد عشرة إلا شيئاً ، تأخذ ربع ما على أحدهما وهو درهمان ونصف إلا ربع شيء ،

وذلك يعدل الشيء الناقص ، فتجبر وتقابل ، فيقع درهمان ونصف في معادلة شيء وربع شيء ، فالشيء درهمان ، تسقطهما من العشرة ، يبقى ثمانية ، فهو الواجب على كل واحد منهما . ولو قال : كل واحد عشرة ونصف ما على الآخر ، قلنا : على كل واحد عشرة وشيء ، تأخذ نصف ما على أحدهما وهو خمسة ونصف شيء ، وذلك يعدل الشيء الزائد على العشرة ، فتسقط نصف شيء بنصف شيء ، يبقى نصف شيء في معادلة خمسة دراهم ، فالشيء عشرة دراهم ، فعلى كل واحد عشرون . ولو قال : كل واحد عشرة وثلث ما على الآخر ، فيزاد على العشرة نصفها ، تبلغ خمسة عشر ، فهي الواجب على كل منهما . ولو قال : وربع ما على الآخر ، فيزاد على العشرة ثلثها ، فعلى كل واحد ثلاثة عشر وثلث ، وعلى هذا التنزيل .

فصل : ومنها الهبة ، فإذا وهب مريض عبداً ، ثم رجع العبد أو بعضه إلى الواهب بهبة أو غيرها ، دارت المسألة ، لأن التركة تزيد بقدر الراجع . وإذا زادت ، زاد الثلث . وإذا زاد الثلث ، زاد الراجع فزادت التركة ، فإذا وهب مريض لزيد عبداً ، وأقبضه ، ثم وهبه زيد للأول وهو مريض أيضاً ، وماتا ولا مال لهما سوى العبد ، فبالجبر نقول : صحت هبة الأول في شيء من العبد ، فبقي عبد إلّا شيئاً ، وصحت هبة زيد في ثلث ذلك الشيء ، فيرجع إلى الأول ثلث شيء ، فيكون معه عبد إلّا ثلثي شيء ، وذلك يعدل ضعف ما صحت هبته فيه وهو شيئان ، فبعد الجبر : عبد يعدل شيئين وثلثي شيء ، تبسطها أثلاثاً ، وتقلب الاسم ، فالعبد ثمانية ، والشيء ثلاثة ، فتصح هبة الأول في ثلاثة أثمان العبد ، وتبطل في الباقي ، وتصح هبة زيد في ثمن من الأثمان الثلاثة ، فيبقى مع ورثة زيد ثمنان وهما ضعف هبته ، ومع ورثة الأول ستة أثمان العبد وذلك ضعف هبته .

وبطريق السهام ، تطلب عدداً له ثلث ، ولثلثه ثلث بسبب الهبتين ، وأقله تسعة ، فتصح هبة الأول في ثلاثة ، ويرجع من الثلاثة سهم وهو سهم الدور ، تسقطه من التسعة ، يبقى ثمانية ، تصح الهبة في ثلاثة منها كما سبق . ولو وهب زيد لمريض ثالث وأقبضه ، ثم وهب الثالث الأول ، صحت هبة الأول في شيء من العبد ، وهبة زيد في ثلث ذلك شيء ، وهبة الثالث في ثلث ثلثه وهو تُسع ، فيرجع

إليه تُسع ذلك الشيء ، يبقى معه عبد إلاّ ثمانية أتساع شيء تعدل شيئين ، فبعد الجبر : عبد يعدل شيئين وثمانية أتساع شيء ، فتبسطها أتساعاً ، وتقلب الاسم ، فالعبد ستة وعشرون ، والشيء تسعة ، فتصح هبة الأول في تسعة أجزاء من ستة وعشرين جزءاً من العبد ، وهبة زيد في ثلاثة منها ، يبقى مع ورثته ستة وهي ضعف هبته ، وهبة الثالث في واحد ، يبقى مع ورثته سهمان ، وينضم جزءٌ إلى ما بقي مع ورثة الأول ، تكون ثمانية عشر هي ضعف ما صحت فيه هبته . وبالسهام تطلب عدداً له ثلث ، ولثلثه ثلث ، ولثلث ثلثه ثلث ، وأقله سبعة وعشرون ، يسقط منه سهم الدور ، يبقى ستة وعشرون على ما ذكرنا .

مسألة : كان للواهب تركة سوى العبد ، بأن وهب لزيد عبداً قيمته مائة ، وأقبضه ، ثم وهبه زيد ـ وهو مريض أيضاً ـ للأول ، ثم ماتا وللأول خمسون سوى العبد ، فبطريق الدينار والدرهم تقول : العبد دينار ودرهم ، تصح هبة الأول في درهم ، ويرجع إليه بهبة زيد ثلث درهم ، يبقى معه من العبد دينار ، ومما سواه نصف دينار ونصف درهم ، فإنه مثل نصف العبد ، ومما رجع إليه ثلث درهم ، فالمبلغ دينار ونصف دينار وخمسة أسداس درهم ، وذلك يعدل ضعف المحاباة وهو درهمان ، تسقط خمسة أسداس بخمسة أسداس درهم ، يبقى دينار ونصف دينار في معادلة درهم وسدس درهم ، تبسطها أسداساً ، وتقلب الاسم ، فالدرهم تسعة ، والدينار سبعة ، وكان العدد درهماً وديناراً ، فهو إذاً ستة عشر ، تصح الهبة في تسعة منها ، ويرجع إليه بهبة زيد ثلاثة ومعه تركة مثل نصف العبد ، فالمبلغ ثمانية عشر ضعف التسعة . ولو كان على الواهب الأول دين ولا تركة سوى العبد ، فإن كان الدَّين مثل العبد أو أكثر ، فالهبة باطلة . وإن كان أقل ، بأن وهب عبداً قيمته مائة وعليه عشرون ديناً ، صحت هبة الأول في شيء ، ويرجع إليه ثلث شيء ، فيبقى عبد إلاّ ثلثي شيء يعدل شيئين ، فبعد الجبر : أربعة أخماس عبد تعدل شيئين وثلثي شيء ، فتبسطهما بأجزاءِ الثلث والخمس بأن تضربهما في خمسة عشر ، وتقلب الاسم ، فالعبد أربعون ، والشيء اثنا عشر ، تصح هبة الأول في اثني عشر من أربعين من العبد ، ويعود إليه أربعة ، يبقى اثنان وثلاثون ، يقضي منها الدين وهو ثمانية أجزاء مثل خمس العبد ، يبقى أربعة وعشرون ضعف الهبة . ولو كان للمريض الثاني تركة سوى العبد ، بأن كان العبد مائة ، وللثاني خمسون سواه ، ووهب جميع

ماله ، فتصح هبة الأول في شيء من العبد ويكون مع الثاني نصف عبد وشيء ، يرجع ثلثه إلى الأول وهو سدس عبد وثلث شيء ، فيجتمع عنده عبد وسدس عبد إلا ثلثي شيء يعدل شيئين ، فبعد الجبر : عبد وسدس عبد يعدل شيئين وثلثي شيء ، فتبسطهما أسداساً ، وتقلب الاسم ، فالعبد ستة عشرة ، والشيء سبعة ، ومع الثاني نصف عبد وهو ثمانية مع الشيء وهو سبعة ، فالمبلغ خمسة عشر ، ويرجع إلى الأول من هبته خمسة ، فيصير معه أربعة عشر ضعف الهبة .

مسألة : وهب مريض عبداً قيمته مائة ، فمات في يد المتهب ، ثم مات الواهب ولا مال له ، فعن ابن سريج وجهان . أحدهما : تصح الهبة في جميع العبد ، لأنه لم يبق شيء يورث ، فتكون هبته كهبة الصحيح . وأصحهما : أنها باطلة[1] ، لأنها في معنى الوصية . فإن أبطلناها ، ففي وجوب الضمان على المتهب وجهان . أحدهما : نعم ، لأنه قبضه لنفسه فأشبه المستعير . وأصحهما : لا ، بخلاف المستعير ، فإنه قبض ليردّ . فإن أوجبناه الضمان ، قال الأستاذ : يضمن ثلثي قيمته لورثة الواهب ، وقياس بطلان الهبة أن يضمن جميع القيمة . ولو اكتسب العبد في يد المتهب مائة ، ثم مات ، فإن صححنا الهبة في الجميع ، فالكسب للمتهب . وإن أبطلناها في الجميع إذا لم يكن كسب ، فهنا تصح الهبة في شيء من العبد، ويكون للمتهب شيء من الكسب غير محسوب عليه من الوصية ، وللورثة باقي الكسب وهو مائة إلّا شيئاً تعدل شيئين ، فبعد الجبر والمقابلة : مائة تعدل ثلاثة أشياء ، فالشيء ثلث المائة ، فتصح الهبة في ثلث العبد ، وتبطل في ثلثه ، ولورثة الواهب ثلثا كسبه ، وذلك ضعف ما صحت فيه الهبة ، ولم يحسب ثلثا العبد على ورثة الواهب ، لأنه تلف قبل موت الواهب ، وحسبنا على المتهب ما تلف من وصيته ، لأنه تلف تحت يده .

مسألة : وهب لأخيه مالاً لا مال له سواه ، فمات الأخ قبله وخلف بنتاً وأخاه

---

(١) فيه أمران :

أحدهما : ما صححه هنا هو قياس ما صححه في كتاب العتق عن الصيدلاني وأنه أجاب به أبو زيد في مجالس المحمودي .

الثاني : هذا إذا تلف فأما لو أتلفه المتهب كان ضامناً بلا خلاف ومن ثم قال في الحاوي غرم المتهب المتلف الزائد .

الواهب ، ثم مات الواهب ، فتصح الهبة في شيء من العبد ، ويرجع بالميراث نصفه ، فالباقي عبد إلّا نصف شيء ، وذلك يعدل شيئين ، فتجبر وتقابل ، فعبد يعدل شيئين ونصف شيء ، فالشيء خمسا العبد فتصح الهبة في خُمسيه ، وتبطل في ثلاثة أخماسه ، ويرجع بالميراث أحد الخمسين ، فيحصل للورثة أربعة أخماسه وهي ضعف ما صحت فيه الهبة .

مسألة : أخ وأُخت مريضان ، وهب كلٌّ للآخر عبداً لا يملك سواه وهما متساويا القيمة ، ثم مات الأخ وخلف بنتين والأُخت الواهبة ، أو ماتت الأُخت وخلَّفت زوجاً والأخ والواهب ، فإن ماتت الأُخت أولاً ، صارت هبتها للأخ وصية للوارث . وأما هبة الأخ ، فتصح في شيء ، ويرجع إليه بالارث نصف شيء مع نصف العبد الذي كان لها ، فيجتمع لورثته عبد ونصف عبد إلّا نصف شيء ، وذلك يعدل شيئين ، فبعد الجبر : عبد ونصف تعدل شيئين ونصف شيء ، فتبسطها أنصافاً ، وتقلب الاسم ، فالعبد خمسة ، والشيء ثلاثة ، تصح الهبة في ثلاثة أخماس العبد ، ويرجع إليه بالارث نصفها ونصف العبد الذي لها وهو أربعة أخماس ، فيضم إلى الخمسين الباقيين له ، يكون ستة أجزاء ضعف الهبة . وإن مات الأخ أولاً ، صارت هبته للأخت وصية لوارث ، وتصح هبة الأُخت في شيء من العبد ، ويرجع إليها ثلثها مع ثلث العبد الذي كان له ، فيجتمع لورثتها عبد وثلث عبد إلّا ثلثي شيء يعدل شيئين ، فبعد الجبر : عبد وثلث عبد يعدل شيئين وثلثي شيء ، فتبسطها أثلاثاً ، وتقلب الاسم ، فالعبد ثمانية ، والشيء أربعة وهي نصفها ، تصح الهبة في نصف العبد ، وينضم إليه ماله وهو عبد ، فالمبلغ عبد ونصف يعود ثلثه إلى الأُخت وهو نصف عبد ، فيجتمع لورثتها عبد ضعف الهبة . ولو عمي موتهما ولم يرث أحدهما الآخر ، صحت هبة كل واحد في نصف عبده .

مسألة : وهب لزوجته مائة لا يملك غيرها ، وأقبضها ، فأوصت هي بثلث مالها ، ثم ماتت قبل الزوج ، صحت هبته في شيء من المائة ، وصحت وصيتها في ثلث ذلك الشيء ، ويرجع إلى الزوج بالارث نصف ذلك الباقي وهو ثلث شيء ، فيحصل عند الزوج مائة إلا ثلثي شيء وذلك يعدل شيئين ، فبعد الجبر : مائة تعدل شيئين وثلثي شيء ، فتبسطهما أثلاثاً ، وتقلب الاسم ، فالمائة ثمانية ، والشيء ثلاثة ، فتصح الهبة في ثلاثة أثمان المائة ، وتصح الوصية في ثمن ، ويرجع بالإرث

ثمن إلى الزوج ، فيحصل عند ورثته ستة أثمان وهو ضعف الهبة .

مسألة : وهب مريض لمريض عبداً ، وأقبضه ، ثم وهبه الثاني للأول وأقبضه ، ولا مال لهما غيره ، ثم أعتقه الأول وماتا ، قال ابن سريج : المسألة تصح من أربعة وعشرين ، لورثة الواهب الأول ثلثاه ، ولورثة الثاني ربعه ، ويعتق منه باقي الثلث وهو نصف سدسه ، قال الأستاذ : هذا خطأٌ عند حذّاق الأصحاب ، والعتق باطل ، لأنه قدم الهبة على العتق وهي تستغرق الثلث . وإذا بطل العتق ، صحت هبة الأول في ثلاثة أثمان العبد ، ويرجع إليه بالهبة الثانية ثمنه ، فيجتمع مع ورثته ستة أثمان وهي ضعف الهبة . وصوّب الامام ابن سريج فقال : إذا اجتمع للأول ستة أثمانه ثم أعتق ، فتنفيذ العتق في تمام الثلث لا ينقص حق ورثته من الثلثين ، ولا حق الموهوب له ، فيتعين المصير إليه ، وحينئذٍ لا بد من تعديل الثلث والثلثين ورعاية الأثمان ، فتضرب ثلاثة في ثمانية ، تبلغ أربعة وعشرين كما ذكره . فلو أعتقه قبل هبة الثاني ، ثم وهبه الثاني لغا العتق ، إذ لم يصادف محلاً ، إلا أن يحتمل الوقف .

فرع : زيادة الموهوب ونقصه ، كزيادة العبد المعتق ونقصه ، لكن ما يحسب هناك للعبد المعتق أو عليه ، يحسب هنا على ورثة الواهب ، وسنوضحه في العتق إن شاء الله تعالى .

مسألة : وهب مريض لأخيه عبداً ، ثم وهبه المتهب نصفه وهو صحيح ، ومات قبل المريض وخلّف بنتاً وأخاه الواهب ، فقولان .

أظهرهما عند الأستاذ : أن هبة الثاني تنحصر فيما ملكه بهبة الأول ، وتصح في جميعه ، وحسابه أن هبة المريض تصح في شيء ، ويرجع إليه بهبة الثاني ذلك الشيء كله ، فمنه عبد يعدل شيئين ، فالشيء نصف عبد ، فتصح الهبة في نصف العبد ، ثم يرجع إليه ، فيكون لورثته عبد تام ضعف الهبة .

والقول الثاني : إنها تشيع ، لمصادفتها ما ملكه وغيره ، فتصح في نصف ما ملك . وحسابه : أن هبة المريض تصح في شيء من العبد ، ويرجع بهبة الثاني نصف ذلك الشيء ، ثم يرجع بالارث نصف ما بقي وهما ثلاثة أرباع شيء ، يبقى عبد إلا ربع شيء يعدل شيئين ، فبعد الجبر : عبد يعدل شيئين وربع شيء ، فتبسطها أرباعاً ، وتقلب الاسم ، فالعبد تسعة ، والشيء أربعة ، فتصح الهبة في

أربعة أتساع العبد ، ويرجع إليه بالهبة تُسعان ، وبالارث تُسع آخر ، فيجتمع لورثته ثمانية أتساع ضعف الهبة .

فرع فيما إذا وطئت الموهوبة وطأً يوجب المهر : إن وطئها أجنبي بشبهة قبل موت الواهب ، فالمهر كالكسب يقسم على ما تصح فيه الهبة ، وعلى ما لا تصح ، فحصة ما تصح هبته لا تحسب على المتهب ، وحصة ما لا تصح تحسب على ورثة الواهب . وإن وطئها الواهب في يد المتهب ومهرها مثل قيمتها ، صحت الهبة في شيء ، ويستحق المتهب على الواهب مثل ذلك الشيء من المهر ، فيقضى مما بقي ، يبقى جارية إلّا شيئين تعدل شيئين ، فبعد الجبر : جارية تعدل أربعة أشياء ، فالشيء ربع الجارية ، تصح الهبة في ربع الجارية ، ويثبت على الواهب مثل ربعها يقضى من الجارية ، يبقى مع الورثة نصفها وهو ضعف الموهوب . وإن وطئها المتهب ومهرها مثل قيمتها ، صحت الهبة في شيء ، وتبطل في جارية سوى شيء ، وثبت للواهب على المتهب مثل ما بطلت فيه الهبة وهو جارية إلا شيئاً ، فيحصل له جاريتان إلا شيئين يعدلان شيئين ، فبعد الجبر : جاريتان تعدلان أربعة أشياء ، فالشيء نصف جارية ، فتصح الهبة في نصفها ، ويستحق بالوطء مثل نصفها ، فيحصل للورثة جارية تامة وهي ضعف الموهوب . وإن كان مهرها نصف قيمتها ، صحت الهبة في شيء ، وبطلت في جارية سوى شيء ، ويستحق الواهب على المتهب مثل نصف ما بطلت فيه الهبة ، وهو نصف جارية إلّا نصف شيء ، فيجتمع عند الواهب جارية ونصف إلّا شيئاً ، ونصف شيء يعدل شيئين ، فبعد الجبر : جارية ونصف تعدل ثلاثة أشياء ونصف شيء ، فتبسطها أنصافاً ، وتقلب الاسم ، فالجارية سبعة ، والشيء ثلاثة ، تصح الهبة في ثلاثة أسباع الجارية ، وتبطل في أربعة أسباعها ، ويغرم المتهب من مهرها مثل سُبعي قيمتها ، فيجتمع مع ورثة الواهب ستة أسباعها ضعف الموهوب . وإن وطئها الواهب والمتهب ومهرها مثل قيمتها صحت الهبة في شيء وثبت للمتهب على الواهب مثل ذلك الشيء ، يبقى جارية إلّا شيئين ، وثبت للواهب على المتهب مثل ما بطلت فيه الهبة وهو جارية إلا شيئاً ، فتضم إلى ما بقي للواهب ، تبلغ جاريتين إلا ثلاثة أشياء تعدل شيئين ، فبعد الجبر : جاريتان تعدلان خمسة أشياء فالشيء خمس الجاريتين وهو خمسا جارية ، فتصح الهبة في خمسيها ، ويثبت للمتهب على الواهب خمسان آخران ،فالمبلغ أربعة أخماس ، ثم يسترجع

الواهب مثل ما بطلت فيه الهبة وهو ثلاثة أخماس ، فيجتمع لورثته أربعة أخماس وهو ضعف الموهوب . ولو كان مهرها مثل نصف قيمتها ، صحت الهبة في ثلاثة أثمانها ، وبطلت في خمسة أثمانها ، ويثبت للمتهب على الواهب ثمن ونصف ثمن ، فيجتمع له أربعة أثمان ونصف ثمن ، ثم يسترجع الواهب نصف ما بطلت فيه الهبة وهو ثمنان ونصف ، فيجتمع لورثته ستة أثمان وهو ضعف الموهوب .

فصل : ومنها : الصداق والخلع ، وقد سبق المريض إذا نكح بمهر المثل ، جعل من رأس المال . وإن نكح بأكثر ، فالزيادة من الثلث . فإن كانت وارثة ، فالتبرع على وارث ، وذكرنا أنه إن ماتت الزوجة قبله وورثها الزوج ، وقع الدور ، فيتخرَّج على هذا مسائل .

إحداها : أصدقها مائة ، ومهر مثلها أربعون ، فماتت قبله ولا مال لهما سوى الصداق ، فلها أربعون من رأس المال ، ولها شيء بالمحاباة ، يبقى مع الزوج ستون إلّا شيئاً ، ويرجع إليه بالارث نصف ما للمرأة وهو عشرون ونصف شيء ، فالمبلغ ثمانون إلا نصف شيء يعدل شيئين ضعف المحاباة ، فبعدالجبرتعدل ثمانون شيئين ونصف شيء ، فالشيء خمسا الثمانين وهو اثنان وثلاثـون ، فلهااثنان وسبعون ، أربعون مهر ، والباقي محاباة ، يبقى مع الزوج ثمانية وعشرون ، ويرجع إليه بالارث ستة وثلاثون ، فيجتمع لورثته أربعة وستون ضعف المحاباة . فإن كان لها ولد ، فالراجع إليه بالارث ربع مالها وهو عشرة وربع شيء ، فيحصل للزوج سبعة إلا ثلاثة أرباع شيء وذلك يعدل شيئين ، فبعد الجبـر : سبعون تعـدل شيئين وثلاثـة أرباع شيء ، تبسطهما أرباعاً ، فتكون الدراهم مائتين وثمانين ، والأشيـاء أحد عشـر ، تقسم الدراهم على الأشياء ، يخرج من القسمة خمسة وعشرون وخمسة أجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم ، فهذا قدر المحاباة ، فلها بالمهر والمحاباة خمسة وستون درهماً وخمسة أجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم ، يرجع إلى الزوج ربع ذلك وهو ستة عشر درهماً وأربعة أجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم ، وذلك ضعف المحاباة .

الثانية[1] : أعتق مريض جارية ونكحها على مهر مسمى ، نظر ، إن لم يملك

---

(١) في ط المسألة الثانية .

غيرها ، فالنكاح باطل ، لأنه لا ينفذ عتق جميعها ، والنكاح والملك لا يجتمعان . ثم إن لم يدخل بها ، فلا مهر . وإن دخل ، فهو وطء شبهة ، فلها من المهر بقسط ما عتق منها ، ويقع فيه الدور . فإذا كانت قيمتها مائة ، والمهر خمسين ، عتق منها شيء ولها بالمهر نصف شيء ، لأن المهر نصف القيمة ، يبقى جارية إلا شيئاً ونصف شيء يعدل شيئين ، فبعد الجبر : جارية تعدل ثلاثة أشياء ونصف شيء ، فالشيء سُبعا الجارية ، فينفذ العتق في سبعيها ، ويبطل في خمسة أسباعها ، فيصرف سبع منها إلى مهر السبعين ، يبقى للورثة أربعة أسباعها ضعف ما عتق ، ثم السبع المصروف إلى المهر ، إن رضيت به بدلاً عمّا لها من المهر ، فذاك ، ويعتق عليها حين ملكته لا بالاعتاق الأول وإن أبت بيع سبعها في مهرها . هذا إذا لم يملك غيرها . فإن ملك ، وكانت الجارية قدر الثلث ، بأن خلف مائتين سواها ، فإن لم يدخل بها ، فلا مهر ، لأنهالواستحقت مهراً للحق التركة دين ، فلا تخرج كلها من الثلث ، ولبطل النكاح وسقط المهر ، وإن دخل بها ، قال الشيخ أبو علي : لها الخيار ، فإن عفت عن مهرها ، عتق وصح النكاح ، وإلا ، فلها ذلك ، ويتبين أن جميعها لم يعتق ، وأن النكاح فاسد ولها مهرها ما عتق منها . فيقال : عتق شيء ، ولها بالمهر نصف شيء ، يبقى للورثة ثلاثمائة إلاّ شيئاً ونصف شيء يعدل شيئين ، فبعد الجبر: ثلاثمائة تعدل ثلاثة أشياء ونصف شيء ، فمائة تعدل شيئاً وسدس شيء ، تبسطها أسداساً ، وتقلب الاسم ، فالشيء ستة ، والمائة سبعة ، فالشيء ستة أسباع الجارية .

الثالثة[١] : قد علم أن خلع المريض بأقل من مهر المثل ، لا يعتبر من الثلث ، وأن المريضة لو نكحت بأقل من مهر المثل جاز ، ولا اعتراض للورثة إذا لم يكن الزوج وارثاً ، وأن المريضة لو اختلعت بأكثر من مهر المثل ، اعتبرت الزيادة من الثلث . فإذا نكح مريض امرأة بمائة ، ومهرها أربعون درهماً ، ثم خالعته في مرضها بمائة ، وماتا من مرضهما ولا مال لهما إلاّ المائة ، فإما أن يكون الخلع قبل الدخول ، وإما بعده .

الحالة الأُولى : بعده ، فللمرأة أربعون من رأس المال ، ولها شيء

(١) في ط المسألة الثالثة .

بالمحاباة ، ثم يرجع إلى الزوج أربعون بالخلع ، وله ثلث شيء بالمحاباة ، فيحصل لورثة الزوج مائة إلاّ ثلثي شيء تعدل شيئين ، فبعد الجبر : مائة تعدل شيئين وثلثي شيء ، فالشيء ثلاثة أثمان الماء وهو سبعة وثلاثون درهماً ونصف درهم وهي المحاباة ، فللمرأة بالمهر والمحاباة سبعة وسبعون درهماً ونصف درهم ، ثم يأخذ الزوج من ذلك أربعين درهماً بعوض الخلع ، وبالمحاباة ثلث الباقي وهو اثنا عشر ونصف ، وكان بقي له اثنان وعشرون ونصف ، فالمبلغ خمسة وسبعون ضعف المحابة . هذا إذا جرى الخلع بمائة في ذمتها ، فلو جرى بعين المائة التي أصدقها ، فقد خالعها على مملوك وغير مملوك . قال الأستاذ تفريعاً على المسمى يسقط ويرجع إلى مهر المثل : لها أربعون من رأس المال ، وشيء بالمحاباة ، وللزوج عليها أربعون بالخلع ، ولا شيء له بالمحاباة ، لأن المسمى إذا بطل بطل ما في ضمنه من المحاباة ، فيكون لورثة الزوج مائة إلاّ شيئاً يعدل شيئين ، فعبد الجبر يتبين أن المسمى ثلث المائة ، فلها بالمهر والمحاباة ثلاثة وسبعون درهماً وثلث درهم ، يأخذ الزوج من ذلك أربعين ، يجتمع لورثته ستة وستون وثلثان ضعف المحاباة .

الحالة الثانية : إذا جرى الخلع قبل الدخول ، فيتشطر الصداق ، والحاصل للمرأة نصف مهر المثل من رأس المال وهو عشرون درهماً ، وشيء بالمحاباة ، للزوج من ذلك أربعون مهر المثل ، يبقى شيء إلاّ عشرين درهماً له ثلاثة بالمحاباة وهو ثلث شيء إلاّ ستة دراهم وثلثي درهم ، يبقى لورثتها ثلثا شيء إلاّ ثلاثة عشر درهماً وثلث درهم ، فيجتمع لورثة الزوج مائة وثلاثة عشر درهماً وثلث درهم إلاّ ثلثي شيء ، وذلك يعدل ضعف المحاباة شيئين ، فبعد الجبر : مائة وثلاثة عشر وثلث تعدل شيئين وثلثي شي ، فالشيء ثلاثة أثمان هذا المبلغ وهي اثنان وأربعون درهماً ونصف درهم وهي المحاباة ، فللمرأة المحاباة ونصف المهر اثنان وستون درهماً ونصف درهم يبقى للزوج سبعة وثلاثون درهماً ونصف درهم ، ويأخذ مما صار لها بعوض الخلع أربعين ، ويأخذ أيضاً ثلث الباقي وهو سبعة دراهم ونصف ، فالمبلغ خمسة وثمانون ضعف المحاباة . هذا كلام الأستاذ ، واعترض الامام ، بأن مهر المثل مع المحاباة الصداق ، فوجب أن يرجع إلى الزوج نصف الجميع ، وعلى هذا طريق الحساب أن يقال : لها من رأس المال أربعون ، وبالمحاباة شيء ، يبقى للزوج ستون إلاّ شيئاً ، ويرجع إليه نصف ما ملكته صداقاً وهو عشرون ونصف شيء ،

فللزوج ثمانون إلا نصف شيء ، ثم تأخذ مما بقي لها أربعين ، يبقى نصف شيء إلا عشرين درهماً ، تأخذ بالمحاباة ثلث هذا الباقي وهو سدس شيء إلّا ستة دراهم وثلثي درهم ، فيجتمع لورثته مائة وثلاثة عشر درهماً وثلث درهم إلّا ثلث شيء يعدل شيئين ، فبعد الجبر يتبين أن الشيء ثلاثة أسباع مائة وثلاثة عشر درهماً وثلث درهم ، وهو ثمانية وأربعون درهماً وأربعة أسباع درهم ، يبقى للزوج أحد عشر درهماً وثلاثة أسباع ، ويرجع بالشطر أربعة وأربعون درهماً وسُبعان ، ويأخذ من الشطر الآخر قدر مهر المثل وهو أربعون وثلث الباقي وهو درهم وثلاثة أسباع ، فالمبلغ سبعة وتسعون درهماً وسبع درهم ، وذلك ضعف المحاباة ، يبقى لورثة المرأة درهمان وستة أسباع درهم . وعلى قول الأستاذ ، يبقى لهم خمسة عشر ، ثم لا فرق في المسألة بين موته أوّلاً وعكسه ، وموتهما معاً ، لانقطاع الارث بالخلع ، والدورُ إنما يقع في جانبه دونها ، إذ لا يعود إليها شيء مما يخرج منها .

فصل : ومنها الجنايات ، فإذا جنى عبد على حرٍّ خطأً ، وعفا المجني عليه ومات ، لم يكن العفو وصية لقاتل ، لأن فائدته تعود إلى السيد ، فإن أجاز الورثة ، فذاك ، وإلا ، نفذ في الثلث ، وانفك ثلث العبد عن تعلق أرش الجناية . وأشار الامام إلى وجه : أنه لا ينفك ، كما أنه لا ينفك شيء من المرهون ما بقي شيء من الدّين . والصحيح الأول . ثم السيد بالخيار بين أن يسلم ثلثيه للبيع ، وبين أن يفديَه . فإن سلّمه ، فلا دور ، بل يباع ويؤدي من ثمنه ثلثا الأرش ، أو ما تيسر . وإن فداه ، فيفدي الثلثين بثلثي الأرش ، كم كان ، أم بالأقل من ثلثي القيمة وثلثي الدِّية ؟ فيه قولان . فإن كان الفداء بثلثي القيمة ، فلا دور ، وإن كان بالدِّية ، فيقع الدور ، فيقطع بالحساب .

مثاله : قيمة العبد ثلاثمائة، وقوَّمنا الابل فكانت ألفاً ومائتين ، فيصح العفو في شيء من العبد ، ويبطل في عبد ناقص بشيء يفديه السيد بأربعة أمثاله ، لأن الدية أربعة أمثاله ، وأربعة أمثاله أربعة أعبد إلّا أربعة أشياء ، فيحصل لورثة العافي أربعة أعبد إلّا أربعة أشياء ، وذلك يعدل شيئين ، فتجبر وتقابل ، فأربعة أعبد تعدل ستة أشياء ، فتقلب الاسم وتقول : العبد ستة ، والشيء أربعة وهي ثلثا الستة ، فيصح العفو في ثلثي العبد وهو مائتان ، ويفدي السيد ثلثه بثلث الدية وهو أربعمائة ،

فيحصل لورثة العافي ضعف المائتين . هذا إذا لم يترك العافي سوى ما يستحقه من الدية . فإن ترك مالاً ، نظر ، إن كانت القيمة أقل من الدية ، وكان ما تركه ضعف القيمة ، صح العفو في جميع العبد . وإن كان ما تركه دون ضعف القيمة ، ضمت التركة إلى قيمة العبد ، وصح العفو في ثلث الجملة من العبد . وإن كانت القيمة أكثر من الدية ، جمع بين التركة والدية ، وصح العفو في ثلث الجملة من الدية .

فروع : **أحدها** : لو لم يترك سوى ما يستحق من الدية وعليه مائتان ديناً ، وسلمه للبيع ، واختار الفداء ، وقلنا : الفداء بأقل الأمرين ، سقط الدين من قيمة العبد ، يبقى مائة للسيد ، ثلثها وهو تسع العبد ، فيصح العفو في تُسعه ، ويباع ثمانية أتساعه ، أو يفديها السيد بثمانية أتساع قيمته ، وهو مائتان وستة وستون درهماً وثلثان ، يقضي منها دينه ، يبقى ستة وستون وثلثان ضعف ما صح فيه العفو . وإن قلنا بالدية ، صح العفو في شيء ، وفدى السيد الباقي بأربعة أمثاله وهي أربعة أعبد إلاّ أربعة أشياء ، تحط منها قدر الدين وهو ثلثا عبد ، يبقى ثلاثة أعبد وثلث عبد إلاّ أربعة أشياء تعدل شيئين ، فتجبر وتقابل وتبسطها أثلاثاً ، وتقلب الاسم ، فالعبد ثمانية عشر ، والشيء عشرة وهو خمسة أتساعها ، فيصح العفو في خمسة أتساع العبد وهي مائة وستة وستون درهماً وثلثان ، ويفدي السيد باقيه وهو مائة وثلاثة وثلاثون درهماً وثلث درهم بأربعة أمثاله وهي خمسمائة وثلاثة وثلاثون ، يقضي منها الدَّين ، يبقى ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث درهم ضعف ما صح العفو فيه .

الثاني : جنى عبدان خطأً على حر ، فعفا عنهما ، ومات ولا مال له سوى الدية ، فإن اختار السيدان تسليمهما أو اختار الفداء ، وقلنا : الفداء بأقل الأمرين ، صح العفو في ثلث كل عبد ، وبيع ثلثاه ، أو فدى سيده ثلثيه بثلثي القيمة . وإن قلنا : الفداء بالدية ، وكانت قيمة كل عبد ثلاثمائة ، وقيمة الدية ألفاً ومائتين ، صح العفو في شيء من كل عبد ، وفدى سيده ، باقيه بضعفه ، لأن نصف الدية هو الذي تعلق بكل عبد ، ونصف الدية ضعف كل عبد ، فيحصل لورثة العافي أربعة أعبد إلاّ أربعة أشياء ، وذلك يعدل ضعف ما جاز العفو فيه وهو أربعة أشياء ، فبعد الجبر : أربعة أعبد تعدل ثمانية أشياء ، فتقلب الاسم ، وتجعل العبد ثمانية ، والشيء أربعة وهو

نصفها ، فيصح العفو في نصف كل عبد ، ويفدي كل سيد نصف عبده بعبد ، فيحصل للورثة عبدان ضعف ما صح العفو فيه .

[الفرع] **الثالث** : قتل عبد حرين خطأً ، تعلقت برقبته الديتان . فإن سلمه سيده ، بيع ووزّع عليهما . وإن فداه وقلنا : الفداء بالقيمة ، وزعت القيمة . وإن قلنا بالدّية ، فداه بالدّيتين . فإن عفا أحدهما في مرضه ، قال ابن سريج : يدفع إلى ورثة العافي ثلثا نصفه ، وإلى ورثة الذي لم يعف جميع النصف ، كأن كل واحد متعلق بنصف منه ، فينفذ عفو العافي في ثلث محل حقه . قال الأستاذ : هذا لا يستقيم على أصل الشافعي رضي الله عنه ، بل الديتان متعلقتان بجميع العبد ، فإذا عفا أحدهما ، سقط ثلث الدية ، فورثته وورثة الآخر يتضاربون هؤلاء بثلثي دية مورثهم ، وهؤلاء بكل دية مورثهم .

فصل : ومنها العتق ، فإذا أعتق مريض عبداً ، فاكتسب مالاً قبل موت المعتق ، وزّع الكسب على ما يعتق وما يرق ، وحصة العتق لا تحسب عليه ، وحصة ما رقّ تزاد في التركة ، وإذا زادت التركة ، زاد ما عتق ، فتزيد ، حصته من الكسب ، وإن زادت حصة ما عتق ، نقصت التركة ، فينقص ما عتق ، فيزيد المال ، فيزيد ما عتق ، وهكذا تدور زيادته على نقصه ، ونقصه على زيادته ، فيقطع الدور بالطرق الحسابية ، وفيه مسائل .

مسألة : اكتسب العبد مثل قيمته ، فيعتق منه شيء ، ويتبعه من الكسب شيء غير محسوب عليه ، يبقى للورثة عبدان إلّا شيئين ، وذلك يعدل ضعف ما عتق وهو شيئان ، فبعد الجبر : عبدان يعدلان أربعة أشياء ، فتقلب الاسم ، فالعبد أربعة ، والشيء اثنان ، والاثنان ضعف الأربعة ، فعلمنا أنه يعتق من العبد نصفه ، ويتبعه نصف الكسب غير محسوب عليه يبقى للورثة نصف العبد ونصف الكسب ، وذلك ضعف ما عتق . وبطريق السهام : تأخذ للعتق سهماً ، ولما يتبعه من الكسب سهماً ، وتأخذ للورثة ضعف ما أخذت للعتق وهو سهمان ، يجتمع أربعة أسهم ، ثم تأخذ الرقبة والكسب وهما مثلان ، فتقسمهما على الأربعة ، يخرج من القسمة نصف ، فعلمنا أن الذي عتق نصف الرقبة . ولو اكتسب العبد ـ وقيمته تسعون ـ مثل قيمته ومثل نصفها ، عتق منه شيء ، وتبعه من الكسب شيء ونصف غير محسوب عليه ، يبقى للورثة

عبدان ونصف إلّا شيئين ونصف شيء يعدل شيئين ، فبعد الجبر : عبدان ونصف يعدل أربعة أشياء ونصف شيء ، فتبسطها أنصافاً ، وتقلب الاسم ، فالعبد تسعة ، والشيء خمسة ، فيعتق منه خمسة أتساعه وقيمتها خمسون ، ويتبعها خمسة أتساع الكسب وهي خمسة وسبعون ، يبقى للورثة أربعة أتساع العبد وهي أربعون وهي أربعة أتساع الكسب وهي ستون ، وهما مائة ضعف ما عتق . ولو كانت الصورة الثانية بحالها ، وعلى السيد مثل قيمة العبد ديناً ، عتق منه شيء ، وتبعه من الكسب شيء ونصف ، يبقى عند الورثة عبدان ونصف عبد إلّا شيئين ونصف شيء ، تسقط منه عبداً للدين ، يبقى عبد ونصف إلّا شيئين ونصف يعدل ضعف ما عتق وهو شيئان ، فبعد الجبر : عبد ونصف تعدل أربعة أشياء ونصف شيء ، تبسطها أنصافاً ، وتقلب الاسم ، فالعبد تسعة ، والشيء ثلاثة ، يعتق من العبد ثلاثة أتساعه ، ويتبعه من الكسب ثلاثة أتساعه ، يقضي الدين من الباقي ، يبقى مع الورثة ضعف ما عتق .

ولو كانت بحالها ، إلّا أنه لا دَين على السيد ، وله سوى العبد وكسبه تسعون ، عتق منه شيء وتبعه من الكسب شيء ونصف ، يبقى مع الورثة عبدان ونصف إلّا شيئين ونصف شيء ، ومعهم مثل قيمة العبد ، فيجتمع معهم ثلاثة أعبد ونصف عبد إلّا شيئين ونصف شيء يعدل شيئين ، فبعد الجبر : ثلاثة أعبد ونصف عبد تعدل أربعة أشياء ونصف شيء ، تبسطها أنصافاً ، وتقلب الاسم ، فالعبد تسعة ، والشيء سبعة ، فيعتق منه سبعة أتساعه وهو سبعون ، ويتبعه من الكسب سبعة أتساعه وهو مائة وخمسون ، يبقى للورثة تسعاه عشرون ، وتسعا الكسب ثلاثون ، ومعهم تسعون أيضاً ، فالمبلغ مائة وأربعون ضعف ما عتق .

فرع : متى ترك السيد ضعف قيمة العبد ، عتق كلُّه ، وتبعه كسبه ولا دور . وإذا كان عليه دين ، وله سوى العبد وكسبه مال ، قوبل بذلك المال . فإن تساويا ، فكأن لا دَين ولا مال ، وإن زاد الدين ، فكأنَّ القدر هو الدين . وإن زاد المال ، فكأن القدر الزائد هو المتروك .

فرع : الموهوب للعبد وأرش الجناية عليه ، كالكسب .

فرع : قيمته تسعون ، واكتسب بعد العتق تسعين ، فاستقرضها السيد منه وأتلفها ، ثم مات السيد ، عتق منه شيء واستحق على السيد شيئاً هو دَين عليه ،

يبقى للورثة عبد إلاّ شيئين تعدل ضعف ما عتق ، فبعد الجبر : عبد يعدل أربعة أشياء ، فتقلب الاسم ، وتقول : عتق منه ربعه ، ويتبعه ربعه كربع كسبه ، يبقى للورثة نصفه وهو ضعف ما عتق ، ثم ربع الكسب الذي هو دَين ، إن أدَّاه الورثة من عندهم ، جاز واستمر ملكهم على ثلاثة أرباعه ، وملك هو ما سلَّموه إليه بربعه الحر ، وإن تراضوا هم والعبد على أن تكون رقبته بدلاً عن ربع الكسب ، جاز وعتق ربعه على نفسه . قال ابن سريج : ويكون ولاء هذا الربع لبيت المال . وقال غيره : لا ولاء عليه . وإن أراد الورثة بيعه لغيره ، وقال العبد : آخذه بدلاً عن الدَّين ، فقد ذكر الأُستاذ ، أنه أحق بنفسه من الأجانب . قال الامام : هذا محمول على الأولوية دون الاستحقاق .

فرع : مات العبد المعتق قبل موت السيد ، فهل يموت حرّاً ، أم رقيقاً ؟ أم ثلثه حرّاً وثلثاه رقيقاً ؟ فيه ثلاثة أوجه ، قال الأُستاذ : والصحيح هو الأول . فإن كان العبد اكتسب ضعف قيمته ، ولم يخلِّف إلاَّ السيد ، مات حرّاً بلا خلاف ، لأن السيد يرث هنا بالولاء كسبه ، فيحصل لورثته ضعف العبد . وإن كان الكسب مثل قيمته ، فإن قلنا : لو لم يخلِّف كسباً لمات حرّاً ، فهنا أولى ، وإن قلنا : يموت رقيقاً ، فهنا لا يرث جميعه ، لأنه خلّف شيئاً ، ولا يعتق جميعه ، لأن الكسب ليس ضعفه . فإن قلنا : مَن بعضه حر يورث ، عتق نصفه ، وكان جميع كسبه لسيده ، نصفه بالملك ، ونصفه بالارث بالولاء ، فيحصل لورثته ضعف ما عتق . وإن قلنا : لا يورث ، قال الامام : يعتق منه شيء ، ويتبعه من الكسب شيء ، يصرف ذلك الشيء إلى بيت المال ، فيبقى عبد ناقص بشيء يعدل ضعف ما عتق وهو شيئان ، فبعد الجبر : عبد يعدل ثلاثة أشياء ، فالشيء ثلث العبد ، ويتبعه من الكسب ثلث ، يبقى للسيد ثلثا كسبه بالملك وهو ضعف ما عتق . ولو كان الكسب ضعف القيمة ، وخلَّف العتيق مع السيد بنتاً ، فإن قلنا : لو لم يخلف بنتاً لمات حرّاً ، فكذا هنا ، والكسب بين البنت والسيد سواء . وإن قلنا : يموت رقيقاً . فإن قلنا : من بعضه حرّ يورث ، عتق منه شيء ، ويتبعه من الكسب شيئان ، ترث البنت أحدهما ، والسيد الثاني ، فيحصل لورثة السيد ضعف العبد إلاّ شيئاً ، وذلك يعدل شيئين ، فبعد الجبر : عبدان يعدلان ثلاثة أشياء ، والشيء ثلث العبدين ، وهو ثلثا عبد ، فيعتق من العبد ثلثاه ، ويتبعه ثلثا الكسب ، ثم يرجع أحدهما إلى السيد بالارث ، فيحصل لورثة السيد ثلثا الكسب

وهو ضعف ما عتق . وإن قلنا : من بعضه حر لا يورث ، لم ترث البنت ، لأنها لو ورثت لما خرج جميعه من الثلث ، وإذا لم يعتق كله لا يورث ، فيؤدي توريثها إلى منع توريثها ، وهذه من الدوريات الحكمية ، وإذا لم ترث ، كأنه لم يخلّف إلاّ السيد ، فيموت حرّاً ، وجميع الكسب للسيد كما سبق . ولو لم يمت العتيق لكن كان له ابن حر ، فمات قبل موت السيد ، وترك أضعاف قيمة أبيه وليس له إلاّ أبوه وسيد أبيه ، فلا يرث منه أبوه ، لأنه لو ورث لاستغرق ولم يحصل للسيد شيء ، وحينئذٍ فلا يعتق جميعه ، فلا يرث . وإذا لم يرث ، حكم بحريته ، وورث السيد مال ابنه بالولاء . ولو كانت تركة الابن مثل قيمة العتيق ، عتق منه شيء ، وثبت للسيد الولاء على الابن بقدر ما عتق ، فيرث من تركته شيئاً ، ولا يرث أبوه ، فيحصل لورثة السيد عبد إلاّ شيئاً والشيء الذي ورثه السيد بالولاء ، فيتم لهم عبد ، لأن تركته مثل العبد ، وذلك يعدل شيئين ، فالشيء نصف العبد ، فيعتق نصفه ، ويكون للورثة نصفه ونصف تركة ابنه وهما ضعف ما عتق منه .

مسألة : من الأُصول المقرَّرة ، أن المريض إذا أعتق عبيداً لا مال له غيرهم معاً ، أقرع بينهم . وإن أعتقهم على الترتيب ، بديء بالأول فالأول . فإن زاد الأول على الثلث ، عتق منه قدر الثلث . فلو أعتق عبداً فاكتسب مثل قيمته ، ثم أعتق آخر ، ولا مال له سواهما وهما متساويا القيمة ، عتق من الأول شيء ، وتبعه من كسبه شيء غير محسوب عليه ، يبقى للورثة ثلاثة أعبد إلاّ شيئين ، فبعد الجبر : ثلاثة أعبد تعدل أربعة أشياء ، فالشيء ثلاثة أرباع العبد ، فيعتق من الأول ثلاثة أرباعه ، ويتبعه ثلاثة أرباع كسبه ، يبقى عبد ونصف ، وهما ضعف ما عتق . ولو اكتسب الثاني مثل القيمة دون الأول ، عتق الأول ، وبقي الثاني وكسبه للورثة . وإن اكتسب كلٌ واحد قدر قيمته ، عتق ، وتبعه كسبه ، وبقي الثاني وكسبه للورثة . وإن اكتسب الأول مثل قيمتهما ، عتق منه شيء ، وتبعه من الكسب شيئان ، يبقى للورثة أربعة أعبد إلاّ ثلاثة أشياء تعدل شيئين ، فبعد الجبر يكون الشيء خُمس أربعة أعبد وهو أربعة أخماس عبد ، يعتق من الأول أربعة أخماسه ، ويتبعه أربعة أخماس كسبه ، يبقى للورثة خمسه وخمس كسبه والعبد الآخر . وإن اكتسب الثاني مثل قيمتهما ، عتق الأول ، ومن الثاني شيء ، ويتبعه من الكسب شيئان ، يبقى للورثة من الثاني وكسبه ثلاثة أعبد إلاّ ثلاثة أشياء تعدل ضعف ما عتق وهو عبدان وشيئان ،

لأن الذي عتق عبد وشيء ، فبعد الجبر : ثلاثة أعبد تعدل عبدين وخمسة أشياء ، تسقط عبدين بعبدين ، يبقى عبد في معادلة خمسة أشياء ، فالشيء خمس عبد ، فالذي عتق من الثاني خمسه ، وكذا الحكم لو اكتسب كل واحد منهما مثل قيمتهما . أما إذا أعتق العبدين معاً ، فيقرع بينهما ، فمن خرجت قرعته ، فكأن السيد قدَّمه . والحساب في الصور كما ذكرنا . ولو أعتق المريض ثلاثة أعبد معاً لا يملك غيرهم ، فاكتسب أحدهم قبل موته كقيمته ، وقِيَمهم متساوية ، أقرع بينهم بسهم عتق وسهمي رق ، فإن خرج سهم العتق على المكتسب ، عتق ، وتبعه كسبه ، وبقي الآخران للورثة . وإن خرج لأحد الآخرين ، عتق ، ثم تعاد القرعة لاستكمال الثلث ، فإن خرج للآخر ، عتق ثلثه ، وبقي ثلثاه مع المكتسب ، وكسبه للورثة ، ولا دور . وإن خرج سهم العتق والقرعة الثانية للمكتسب ، دخل الدور ، فتقول : يعتق منه شيء ، ويتبعه من الكسب شيء ، يبقى للورثة ثلاثة أعبد إلاّ شيئين ، يعدل ضعف ما عتق وهو عبدان وشيئان ، فبعد الجبر : ثلاثة أعبد تعدل عبدين وأربعة أشياء، تسقط عبدين بعبدين ، يبقى عبد في معادلة أربعة أشياء ، فالشيء ربع العبد ، فيعتق منه ربعه ، ويتبعه ربع كسبه ، يبقى للورثة ثلاثة أرباعه وثلاثة أرباع كسبه والعبد الآخر ، وذلك عبدان ونصف وهو ضعف ما عتق .

ولو كانت الصورة بحالها ، على السيد دين كقيمة أحدهم ، أقرع بين العبيد بسهم دين وسهمي تركة ، ولسهم الدين حالان .

أحدهما: أن يخرج لأحد اللذين لم يكتسبا، فيباع في الدين، ثم يقرع بين الآخرين ، لاعتاق الثلث بعد قضاء الدين بسهم عتق وسهم رق ، فإن خرج سهم العتق للذي لم يكتسب ، عتق ، وبقي المكتسب وكسبه للورثة . وإن خرج للمكتسب ، دخل الدور ، فيعتق منه شيء ، ويتبعه من الكسب شيء ، يبقى للورثة ثلاثة أعبد إلاّ شيئين تعدل شيئين . فبعد الجبر : ثلاثة أعبد تعدل أربعة أشياء ، فالشيء ربع العبيد وهو ثلاثة أرباع عبد .

الحال الثاني : أن يخرج سهم الدين للمكتسب ، فيباع منه ومن كسبه بقدر الدين ، والدين مثل نصفهما، فيباع في الدين نصف رقبته ونصف كسبه ، ثم يقرع بين باقيه وبين الآخرين بسهم عتق وسهمي رق . فإن خرج سهم العتق لأحد

الآخرين ، عتق ، وبقي الآخر ونصف المكتسب وكسبه للورثة . وإن خرج للمكتسب ، عتق نصفه الباقي ، وتبعه الكسب غير محسوب ، ثم تعاد القرعة بين الآخرين لاستكمال الثلث ، فأيهما خرج عليه ، عتق ثلثه ، فيكون جميع ما عتق خمسة أسداس عبد ، يبقى للورثة عبد وثلثا عبد ضعف ما عتق . ولو كانت الصورة بحالها ، إلاّ أن قيمة أحدهم مائة ، والثاني مائتين ، والثالث ثلاثمائة ، واكتسب كل عبد كقيمته ، أقرع ، فإن خرج سهم العتق على الأعلى ، عتق ، وتبعه كسبه ، وبقي الآخران وكسبهما للورثة ، وذلك ضعف الأعلى ، وإن خرج على الأدنى ، عتق ، وتبعه كسبه ، وتعاد القرعة لاستكمال الثلث . فإن خرج العتق للأوسط ، عتق ، وتبعه كسبه ، وبقي الأعلى وكسبه للورثة ، وذلك ضعف العتيقين وإن خرج للأعلى ، عتق منه شيء ، وتبعه من كسبه مثله ، يبقى للورثة باقيه وباقي كسبه والعبد الأوسط وكسبه ، وجملة ذلك ألف إلاّ شيئين تعدل ضعف ما عتق وهو مائتان وشيئان ، فبعد الجبر : ألف تعدل مائتين وأربعة أشياء ، تسقط مائتين بمائتين ، يبقى ثمانمائة تعدل أربعة أشياء ، فالشيء مائتان ، وذلك ثلثا الأعلى ، فيعتق منه ثلثاه ويتبعه ثلثا كسبه ، يبقى للورثة ثلثه وثلث كسبه والأوسط وكسبه ، وذلك ستمائة ضعف الأدنى وما عتق من الأعلى . وإن خرج على الأوسط ، عتق ، وتبعه كسبه ، وتعاد القرعة ، فإن خرج للأدنى ، [عتق ، وتبعه كسبه ، وبقي الأعلى وكسبه للورثة ، وإن خرج للأعلى] ، عتق ثلثه ، وتبعه ثلث كسبه ، وباقيه مع الأدنى للورثة .

مسألة : إذا زادت قيمة العتيق قبل موت سيده ، دارت المسألة ، لأن الزيادة كالكسب ، فقسط ما عتق لا يحسب على العبد ، وقسط ما رقّ تزيد به التركة ، وكذا نقصان القيمة يوزع ، فقسط ما عتق يحسب على العبد كأنه قبضه وأتلفه ، وقسط ما رقّ كأنه تلف من مال السيد . فإذا نقص المال ، نقص ما يعتق واحتيج إلى الحساب .

مثال الزيادة : أعتق عبداً قيمته مائة لا يملك غيرها ، فصارت قيمته قبل موت سيده مائة وخمسين ، تقول : عتق منه شيء ، وذلك الشيء محسوب بثلثي شيء يبقى مع الورثة عبد إلاّ شيئاً يعدل ضعف المحسوب على العبد وهو شيء وثلث شيء ، فبعد الجبر : عبد يعدل شيئين وثلث شيء ، فتبسطها أثلاثاً ، وتقلب الاسم ، فالعبد سبعة ، والشيء ثلاثة ، فيعتق ثلاثة أسباعه ، وقيمتها يوم الموت

أربعة وستون وسبعان ، والمحسوب عليه منها قيمة يوم الاعتاق وهو اثنان وأربعون وستة أسباع ، يبقى للورثة أربعة أسباع العبد ، وقيمتها خمسة وثمانون وخمسة أسباع وهي ضعف المحسوب على العبد .

ومثال النقص ، قيمته مائة ، صارت خمسين ، يعتق منه شيء وهو محسوب عليه بشيئين ، فالباقي وهو عبد إلاّ شيئاً يعدل ضعف المحسوب وهو أربعة أشياء ، فبعد الجبر : عبد يعدل خمسة أشياء ، فالشيء خمس العبد ، فيعتق خمسه ، وقيمته يوم الموت عشرة ، ويحسب عليه بعشرين ، لأن قيمته يوم الموت عشرون ، يبقى للورثة أربعة أخماسه ، وقيمتها أربعون ضعف المحاباة .

فصل : ومنها الكتابة ، فإذا كاتب في مرضه عبداً لا يملك غيره ، ولم يؤدّ شيئاً من النجوم في حياة سيده ، فثلثه مكاتب . فإذا أدّى نجوم الثلث ، عتق . وهل يزاد في الكتابة لكون التركة زادت بما أدّى ؟ فيه خلاف مذكور في « باب الكتابة » ، فإن زيدت ، فطريق الحساب ، أن الكتابة تصح في شيء من العبد ، ويؤدي المكاتب عنه شيئاً ، والفرض فيما إذا كانت النجوم مثل القيمة ، فيحصل للورثة من الرقبة ومال الكتابة مثل عبد ، وذلك يعدل ضعف ما صحت فيه الكتابة وهو شيئان ، فالشيء نصف العبد ، فإذا أدى نجوم النصف ، عتق نصفه واسترد من الورثة كسب سدسه ، فيحصل للورثة نصف الرقبة ونصف النجوم ، وذلك ضعف ما صحت فيه الكتابة . ولو كاتب في الصحة ، ثم أعتقه في المرض ، أو أبرأه عن النجوم ، نظر ، إن عجز نفسه ، عتق ثلثه ، ورقّ ثلثاه . وإن استدام الكتابة ، فإن كانت النجوم مثل القيمة ، فوجهان . أصحهما : يعتق ثلثه ، وتبقى الكتابة في ثلثيه . والثاني : لا يعتق ثلثه حتى يسلم الثلثان للورثة ، إما بالعجز ، وإما بأداء نجوم الثلثين . وإن كان بين النجوم والقيمة تفاوت ، فقد سبق أن المعتبر من الثلث أقل الأمرين ، فإن كانت النجوم أقل ، عتق ثلثه ، وسقط ثلث النجوم ، ويبقى للورثة ثلثا النجوم إن أدّى ، وإلاّ ، فثلثا الرقبة . وإن كانت الرقبة أقل ، بأن كانت مائة ، والنجوم مائتين ، حصل الدور ، فيقال : عتق شيء ، وسقط من النجوم شيئان ، يبقى للورثة من النجوم مائتا درهم إلاّ شيئين ، وذلك يعدل ضعف ما عتق وهو شيئان ، فبعد الجبر : مائتان تعدلان أربعة أشياء ، فالشيء ربع المائتين وهو نصف العبد ، فعلمنا أن الذي عتق نصف العبد ، وأنه يسقط نصف النجوم . قال الأستاذ : فإن عجل ما عليه من

النجوم ، عتق نصفه ، وإن لم يؤدّ شيئاً ، لم يحكم بعتق شيء . ثم كلما أدى شيئاً ، حكم بعتق نصف ما أدى حتى يؤدي نصف الكتابة ويستوفي وصيته .

فصل في مسائل يتولد الدور فيها من أصلين :

مسألة : أعتق مريض عبداً لا يملك غيره ، ثم قتله السيد ، فهل ينفذ العتق في جميعه إذ لا تركة ، أم لا يعتق شيء منه لأنه لا يبقى للورثة ضعف المحكوم بعتقه ؟ فيه خلاف سبق في نظائره . قال الأستاذ : قياس مذهب الشافعي رحمه الله هو الثاني ، فإن ترك السيد مالاً إذا قضيت الدية منه كان الباقي ضعف قيمته ، فهو حرّ ، وإن ترك المال دون ذلك ، عتق بعضه ، ولزم السيد قسط ما عتق من الدِّية ، ولا يرث السيد من ديته ، لأنه قاتل ، بل إن كان له وارث أقرب من سيده ، فهي له ، وإلاّ ، فلأقرب عصبات السيد .

مثاله : قيمته مائة ، وقيمة إبل الدية ثلاثمائة ، ولو ترك السيد ثلاثمائة ، فتقول : عتق شيء ، وعلى السيد من الدية ثلاثة أمثاله ، وباقي العبد الذي بطل العتق فيه قد أتلفه بالقتل ، فلم يترك إلاّ ثلاثمائة وهي مثل ثلاثة أعبد ، يقضى منها ما وجب من الدية ، يبقى ثلاثة أعبد إلاّ ثلاثة أشياء تعدل ضعف ما عتق وهو شيئان ، فتجبر وتقابل . فثلاثة أعبد تعدل خمسة أشياء ، فتقلب الاسم ، فالعبد خمسة ، والشيء ثلاثة ، يعتق منه ثلاثة أخماسه وهو ستون ، ويجب عليه ثلاثة أخماس الدية وهي مائة وثمانون ، يبقى مائة وعشرون ضعف ما عتق .

مسألة : أعتق المريض عبداً ، فجنى العبد على أجنبي بقطع أو قتل ، ولا مال للسيد غيره ، فإن كان أرش الجناية مثل قيمته فأكثر ، لم يعتق منه شيء ، لأن الأرش دين ، فيقدم على الوصية . وإن كان دونها ، بأن كانت قيمته مائة ، والأرشُ خمسةً وسبعين ، عتق شيء ، ورق الباقي ، والأرش يتوزع عليهما ، فحصة ما عتق يتعلق بذمة العبد ، وحصة ما رقّ تؤدى منه إن أراد السيد التسليم والأرش ثلاثة أرباع القيمة ، فعلى السيد تسليم ثلاثة أرباع ما رق وهو ثلاثة أرباع عبد إلاّ ثلاثة أرباع شيء ، يبقى مع ورثته ربع عبد إلاّ ربع شيء يعدل شيئين ، فبعد الجبر : ربع عبد يعدل شيئين وربع شيء ، فتبسطها أرباعاً ، وتقلب الاسم ، فالعبد تسعة ، والشيء واحد ، فيعتق منه سبعة ، ويرق الباقي ، فيسلم في الجناية ثلاثة أرباعه وهي ستة

أتساع ، يبقى مع الورثة تسعان ضعف ما عتق .

الطرف الخامس : في مسائل العين والدَّين .

مقصوده ، أن يخلف الميت عيناً وديناً على بعض الورثة ، أو على أجنبي ، فنصيب الوارث بعض ما عليه بالارث ، أو الأجنبي بعض ما عليه بوصية .

وأول ما نقدِّمه أن الميت إذا لم يخلف إلّا ديناً على بعض الورثة ، برىء من عليه من حصته ، ولا تتوقف براءته على توفير حصة الباقين ، لأن الملك بالارث لا يتأخر ، والانسان لا يستحق على نفسه شيئاً . ولو خلف عيناً وديناً على بعض الورثة ، نظر ، إن كان الدين من غير جنس العين ، أو من غير نوعه ، قسمت العين بين الورثة ، فما أصاب من لا دين عليه ، دفع إليه ، وما أصاب المدين ، دفع إليه إن كان مقراً مليئاً . وإن كان جاحداً أو معسراً ، فالآخر مستحق ظفر بغير جنس حقه . وحكمه مذكور في موضعه . وإن كان الدين من نوع العين ، بأن خلف عشرة عيناً وعشرة ديناً على أحد أبنية الحائزَين ، قال الأستاذ : يأخذ من لا دين عليه العشرة نصفها إرثاً ، ونصفها قصاصاً بما يصيبه من الدين . وفي كيفية القصاص الخلاف المعروف . قال الامام : هذا بعيد ، والخلاف إنما هو في تقاص الدينين ، لا في تقاص الدين والعين ، بل المذهب أن الارث يثبت شائعاً في العين والدين ، وليس لمن لا دين عليه الاستبداد بالعشرة إن كان المدين مقرّاً مليئاً ، فإن تراضيا ، أنشآ عقداً ، وإن كان جاحداً أو معسراً ، فله أن يأخذها على قصد التملك ، لأنه ظفر بجنس حقه المتعذر تحصيله . ولو خلف ديناً وعيناً ، وأوصى بالدين لانسان وهو ثلث ماله أو أقل ، فحقه منحصر فيه ، فما نضّ دفع إليه . ولو أوصى بثلث الدين ، فوجهان . أحدهما : أن ما نضّ منه يضم إلى العين . فإن كان ما نضّ ثلث الجميع أو أقل ، دفع إلى الموصى له . وأصحهما : أنه كلما نضّ منه شيء ، دفع ثلثه إلى الموصى له وثلثاه إلى الورثة ، لأن الوصية شائعة في الدين .

إذا تقرر هذا ، فالدين المخلف مع العين من جنسه ونوعه ، إما أن يكون على وارث ، وإما على أجنبي ، وإما عليهما .

أما القسم الأول : على وارث فنصيبه من جملة التركة ، إما أن يكون مثل ما عليه من الدين ، وإما أكثر ، وإما أقل .

الحالة الأولى : أن يكون مثله ، فتصحح المسألة ، ويطرح مما صحت منه نصيب المدين ، وتقسم العين على سهام الباقين ، ولا يدفع إلى المدين شيء ، ولا يؤخذ منه شيء .

مثاله : زوج وثلاثة بنين ، وترك خمسة ديناً على ابن ، وخمسة عشر عيناً ، فجملة التركة عشرون ، نصيب كل ابن خمسة ، وما على المدين مثل نصيبه ، فتصحح المسألة من أربعة ، ويطرح منها نصيب ابن ، يبقى ثلاثة ، تقسم العين عليها ، نصيب كل واحد خمسة ، ونصيب المدين يقع قصاصاً ، كذا أطلقوه . قال الامام : هذا محمول على ما إذا رضي المدين بذلك ، أو كان جاحداً ، أو معسراً . وعلى هذا ينزل الجواب المطلق في جميع هذه المسائل .

الحالة الثانية : أن يكون نصيبه أكثر مما عليه ، فنقسم التركة بينهم ، فما أصاب المدين ، طرح منه ما عليه ، ويعطى الباقي من العين .

الثالثة : أن يكون نصيبه أقل ، فيطرح من المسألة نصيبه ، وتقسم العين على الباقي ، فما خرج من القسمة ، يضرب في نصيب المدين الذي طرح ، فما بلغ ، فهو الذي حَيِيَ من الدين ، والمراد بهذه اللفظة أن ما يقع في مقابلة العين من الدين ، كالمستوفى بالمقاصة ، فكأنه حيِيَ من الدين ، ولولا المقاصة ، فالدين على المفلس ميت فائت ، ثم الباقي من الدين بعد الذي حيِيَ يسقط منه شيء ، ويبقى شيء يؤديه المدين إلى سائر الورثة . وطريق معرفة الساقط والباقي ، أن تقسم كل التركة بين الورثة ، فما أصاب المدين ، طرح مما عليه من الدين ، فما بقي ، فهو الذي يؤديه المدين ، فيقسمه سائر الورثة على ما بقي من سهام الفريضة بعد اسقاط نصيب المدين .

مثاله : الدين في الصورة المذكورة ثمانية ، والعين اثنا عشر ، فسهام الفريضة أربعة ، يطرح منها نصيب المديون ، وتقسم العين على الباقي ، يخرج من القسمة أربعة ، تضربها في نصيب المدين وهو واحد ، يكون أربعة ، فذلك هو الذي حيِيَ من الدين ، يبقى منه أربعة ، تأخذ منه نصيب المدين من التركة وهو خمسة ، تطرحها مما عليه ، يبقى ثلاثة ، فالثلاثة هي التي تبقى من الدين ، ويسقط واحد ،

وتلك الثلاثة مقسومة على سهامهم مما صحت منه المسألة وهي ثلاثة . هذا إذا لم يكن وصية ، فإن كانت ، بأن خلف ابنين وترك عشرة عيناً وعشرة ديناً على أحدهما ، وأوصى بثلث ماله لزيد ، فوجهان .

أصحهما وينسب إلى ابن سريج وبه قطع الجمهور : أننا ننظر إلى الفريضة الجامعة للوصية والميراث وهي ثلاثة ، للموصى له سهم ، ولكل ابن سهم ، فيأخذ المدين سهمه مما عليه ، ويقتسم الابن الآخر وزيد العين نصفين ، وقد حيي من الدين خمسة ، يبقى خمسة ، للمدين ثلاثة ، يبقى ثلاثة وثلث ، إذا أداها اقتسمها الابن الآخر وزيد نصفين .

والوجه الثاني وينسب إلى أبي ثور : يأخذ الموصى له ثلث العين ، والابن الذي لا دين عليه ، يأخذ ثلثاً إرثاً ، والثلث قصاصاً ، فيبرأ المدين من ثلثي الدين بالارث والمقاصة ، يبقى عليه ثلث الدين ، يأخذه الموصى له .

القسم الثاني : أن يكون الدين على أجنبي ، فينظر ، إن لم يكن وصية ، اشتركت الورثة في العين والدين ، وإن كانت ، فإما أن يكون لغير المدين ، وإما له ، وإما لهما . فإن كانت لغيره ، بأن خلف ابنين ، وترك عشرة عيناً وعشرة ديناً على زيد ، وأوصى لعمرو بثلث ماله ، فالابنان وعمرو يقتسمون العين أثلاثاً ، وكلما حصل من الدين شيء اقتسموه كذلك . ولو قيد الوصية بثلث الدين ، اقتسم الابنان العين . وأما الدين ، فقد ذكرنا فيه وجهين . أحدهما : أن الحاصل منه الدين ، يضم إلى العين ويدفع ثلث الدين مما حصل إلى زيد ، ويسمى : وجه الحصر ، لأنه حصر حق الموصي له فيما يتنجز من الدين . وأصحهما : أن ما يحصل من الدين يدفع إلى زيد ثلثه ، ويسمى : وجه الشيوع . وإن كانت الوصية للمدين ، نظر فيما يستحقه بالوصية ، أهو مثل الدين ، أم أقل ، أم أكثر ؟ ويقاس بما ذكرنا فيما إذا كان الدين على وارث . وإن كانت الوصية لهما ، بأن أوصى - والصورة ما سبق - لعمرو بثلث العين ، ولزيد بما عليه ، وردّ الابنان الوصيتين إلى الثلث ، فيكون الثلث بينهما على أربعة ، لعمرو سهم ، ولزيد ثلاثة ، فعلى قول ابن سريج : الفريضة الجامعة من اثني عشر ، للوصيتين أربعة ، وللابنين ثمانية ، فيقتسم عمرو والابنان العين على قدر سهامهم وهي تسعة ، لعمرو سهم وتسع ولكل ابن أربعة وأربعة

أتساع ، ويبرأ زيد من ثلاثة أرباع الثلث وهي خمسة دراهم ، يبقى عليه خمسة ، كلما أدى شيئاً كان بين عمرو والابنين على تسعة ، فيحصل لعمرو خمسة أتساع درهم ، فيتم له ربع الثلث وهو درهم وثلثان ، وللابنين الباقي . ثم ليكن المصروف إلى عمرو عند خروج الدين من نفس العين إن كانت باقية . وعلى الوجه المنسوب إلى أبي ثور : لعمرو ربع الثلث وهو درهم وثلثان يأخذه من العين ، والباقي من العين للابنين، فيبرأ الغريم من خمسة ، يبقى عليه خمسة ، إذا أداها اقتسمها الابنان . ولو خلف ابنين وعشرين درهماً عيناً وعشرة ديناً على رجل ، وأوصى للغريم بما عليه ، ولزيد بعشرة من العين ، ولم يجز الابنان ما زاد على الثلث ، فيجعل الثلث بينهما نصفين . ثم عن ابن سريج رحمه الله وجهان . أصحهما : أن الفريضة الجامعة من ستة ، للوصيتين اثنان ، وللابنين أربعة ، فلزيد من العشرين أربعة ، ولكل ابن ثمانية ، ويبرأ الغريم عن نصف الثلث وهو خمسة ، يبقى عليه خمسة ، إذا حصل منها شيء جعل بينهم أخماساً حتى يتم لزيد خمسة ، ولكل ابن عشرة . والثاني : أنه يدفع إلى زيد من العين نصف وصيته وهو خمسة ، ويبرأ الغريم من نصف ما عليه وهو خمسة ، وللابنين باقي العين خمسة عشر ، ويقتصان باقي الدين وهو خمسة . قال الامام : هذا الوجه على ضعفه يجري فيما سبق .

القسم الثالث : أن يكون الدين على وارث وأجنبي ، بأن ترك ابنين وعشرة عيناً وعشرة [ديناً] على أحدهما وعشرة [ديناً] على أجنبي ، وأوصى بثلث ماله، فعلى قياس ابن سريج والجمهور : الفريضة الجامعة من ثلاثة ، يجعل سهم المدين ما عليه ، ويقتسم [الابن] الآخر والموصى له العين نصفين ، وما حصل مما على الأجنبي اقتسماه نصفين . وعلى الوجه الثاني : يأخذ الموصى له ثلث العين ، والباقي للابن الذي لا دين عليه ، ويبرأ الابن المدين مما عليه ، وإذا حصل ما على الأجنبي ، أخذ الموصى له ثلثيه ، والابن الذي لا دين عليه ثلثه ، وبالله التوفيق .

الباب الثالث في الرجوع عن الوصية

يجوز الرجوع عن الوصية وعن بعضها ، كمن أوصى بعبد ثم رجع عن نصفه ، ويجوز الرجوع في كل تبرع معلق بالموت ، كقوله : إذا مت فلفلان كذا ، أو فادفعوا إليه ، أو فاعتقوا عبدي ، أو فهو وقف . وفي الرجوع عن التدبير صريحاً خلاف يذكر

في بابه إن شاء الله تعالى ، ولا يصح الرجوع عن التبرعات المنجّزة في مرض الموت[١] .

فصل : يحصل الرجوع بطرق ، منها أن يقول : نقضت وصيتي ، أو أبطلتها ، أو رددتها . أو رفعتها ، أو فسختها ، أو رجعت عنها . ولو سئل عن الوصية فأنكرها ، فهو رجوع[٢] . ولو قال : لا أدري ، فليس برجوع . ولو قال : هو حرام على الموصى له ، فرجوع على المذهب . ولو قال : هذا لوارثي بعد موتي ، أو هو ميراث عني ، فرجوع . ولو قال : هو تركتي ، فليس برجوع على الأصح . ومنها إزالة الملك عن الموصى به ببيع أو إعتاق ، أو صداق ، أو جعله أجرة ، أو عوض خلع ، فهو رجوع . والهبة مع الاقباض ، رجوع ، ودونه أيضاً على الأصح . والرهن كالهبة . وقيل : ليس برجوع ، لأنه لا يزيل الملك ، فأشبه الاستخدام . والكتابة رجوع ، والتدبير رجوع على المذهب ، وقيل : إن جعلناه وصية ، فهو كما لو أوصى به لزيد ثم عمرو ، فيكون نصفه مدبراً . ولو أوصى بالبيع أو غيره مما هو رجوع ، فالصحيح المنصوص أنه رجوع وقيل : هو كما لو أوصى لزيد ثم عمرو . وذكر صاحب « المعتمد » . الوجهين ، فيما لو أوصى بعبد لرجل ، ثم أوصى بعتقه ، ففي وجه : يعتق وتبطل الوصية الأولى . وفي وجه : يعتق نصفه ، ويدفع إلى الموصى له نصفه . ولو أوصى بعتقه ، ثم أوصى به لرجل ، فالقياس أنه يصرف إلى الموصى له على الأول ، وأن ينصَّف على الثاني ، لكنه قال : أحدهما : يتعين العتق وتبطل الوصية الثانية . والثاني : التنصيف ، والتوكيل بالتصرفات المذكورة كالوصية بها ،

---

(١) لاخفاء أن هذا في غير الهبة لولده فإن الهبة لولده يجوز له الرجوع بطريقة ، وعن القاضي الحسين والإمام وغيرهما أن الوصية تفارق العطايا المنجزة من ثلاثة أوجه : أحدها : أن الوصية تقبل الرجوع والعطايا المنجزة في المرض لا تقبل الرجوع .

ثانيها : أن الوصايا لا يملكها الموصى له إلا بعد الموت ولا ينفذ تصرفه قبله والعطايا المنجزة في المرض يملكها المتبرع عليه وينفذ تصرفه .

ثالثها : أنهما إذا اجتمعا وضاق الثلث قدم المنجز على الوصية لأنه ناجز وهي موقوفة .

(٢) على ما مر في جحود الوكالة .

وقضيته التفصيل بين أن يكون الانكار بالنسيان أو لغرض في الاخفاء وأعاد المسألة في التدبير وصحح بقاء الوصية ، وعبارة الشيخ تفهم القطع بأنه رجوع مطلقاً .

قال في الخادم : وعبارة الروضة توافق منقول الأستاذ ثم ساق لفظه .

والاستيلاد رجوع . ولو أقر بأن العبد الموصى به مغصوب أو حر الأصل ، أو قال : كنت أعتقته ، قال الأستاذ أبو منصور : تبطل الوصية ، وذكر أنه لو باعه ثم فسخ بخيار المجلس ، فإن قلنا : الملك يزول بنفس العقد ، حصل الرجوع . وإن قلنا : يحصل بانقطاع الخيار ، فلا ، ولك أن تقول : هو على كل حال أقوى من الرهن والهبة قبل القبض . فإذا كان الأصح فيهما حصول الرجوع ، فهنا أولى ، وتعليق العتق رجوع ، قاله العبادي في « الرقم » ، ويشبه أن يجيء فيه الخلاف فيما لا يزيل الملك .

فرع : أوصى بعين لزيد ، ثم أوصى بها لعمرو ، فوجهان . أحدهما : أنه رجوع عن الأولى ، فتصح وصية عمرو ، كما لو وهب لزيد مالاً ثم وهبه قبل القبض لعمرو . والصحيح المنصوص أنه ليس برجوع ، لاحتمال إرادة التشريك ، فيشرك بينهما ، كما لو قال دفعة واحدة : أوصيت لكما ، قال الأصحاب : لو قال : أوصيت به لكما ، فرد أحدهما ، لم يكن للآخر إلاّ نصفه ، لأنه لم يوجب له إلاّ النصف . ولو أوصى به لزيد ، ثم أوصى به لعمرو ، فرد أحدهما ، كان للآخر الجميع . ولو أوصى به لأحدهما ، ثم أوصى بنصفه للآخر ، فإن قبلاه ، فثلثاه للأول ، وثلثه للثاني . وإن ردّ الأول ، فنصفه للثاني . وإن ردّ الثاني ، فكلُّه للأول[1] .

---

(١) ادعى في المهمات أن ما ذكره الشيخان هنا غلط بل الصواب الجاري على القواعد أن للأول ثلاثة أرباعه ، وللثاني : الربع ، وأراد بالقواعد مسائل التزاحم كما إذا أوصى لزيد بعين ثم أوصى بها لآخر فإنهما يشتركان فيها ، وهذا يقتضي أن التزاحم إنما وقع في النصف خاصة فينفرد الموصى له بالنصف ، ويشتركان في النصف الآخر وصرح بهذا القاضي الحسين في فتاويه .

قال في الخادم : لكن يعارضه قاعدة الباب وهو العول ولا يصير إلحاقها بمسألة الاشتراط فإنه ليس هناك معنى يلحظ ثم نقل عن نص الأم في اختلاف العراقيين في باب اليمين وإذا أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بماله فالثلث بينهما على أربعة لصاحب الثلث واحد ولصاحب الكل ثلاثة وذكر البويطي مثله ، وهذا موافق لكلام الشيخين والمبادرة إلى دعوى غلط الشيخين عجيب خصوصاً والمسألة من منصوصات للشافعي وتقريرها على قاعدة العول أن مجموع الكل والنصف ثلاثة أنصاف فهي بمنزلة عول الستة إلى تسعة فيعطى لصاحب الكل الثلثان ولصاحب النصف الثلث .

وعن القفال في فتاويه والشيخ أبي زيد أنه لو أوصى بجميع داره لرجل ولآخر بثلثها قسمت بينهما أرباعاً ويفارق ما لو أقام بينة بملك كل الدار وأقام آخر بينة بثلثها وهي في يد ثالث قضى بالثلثين لمدعي الكل وقد تعارضت البينتان في الثلث ، فإن قلنا بالقسمة جعل سدسها لمدعي ثلثها وباقيها لمدعي الكل .

فرع : قال : الذي أوصيت به لزيد ، قد أوصيت به لعمرو ، أو قال لعمرو : أوصيت لك بالعبد الذي أوصيت به لزيد ، فهو رجوع على الصحيح ، لاشعاره به . وقيل : ليس برجوع كالصورة السابقة . والفرق على الصحيح ، أن هناك يجوز أنه نسي الوصية الأولى ، فاستصحبناها بقدر الامكان ، وهنا بخلافه . ولو أوصى ببيعه وصرف ثمنه إلى الفقراء ، ثم قال : بيعوه واصرفوا ثمنه إلى الرقاب ، جعل الثمن بين الجهتين ، لأن الوصيتين متفقتان على البيع ، وأن الزحمة في الثمن . ولو أوصى له بدار ، أو بخاتم ، ثم أوصى بأبنية الدار ، أو بفص الخاتم لآخر ، فالدار والخاتم للأول ، والأبينة والفص بينهما تفريعاً على الصحيح المنصوص . ولو أوصى له بدار ، ثم أوصى لآخر بسكناها ، أو بعبد ، ثم أوصى بخدمته لآخر ، نقل الأستاذ أبو منصور أن الرقبة للأول ، والمنفعة للثاني ، وكان يحتمل أن يشتركا في المنفعة كالأبنية والفص .

فرع : هذا كله في الوصية بمعيَّن ، فإذا أوصى بثلث ماله ، ثم تصرف في جميع ما يملكه ببيع أو إعتاق أو غيرهما ، لم يكن رجوعاً . وكذلك لو هلك جميع ماله ، لم تبطل الوصية ، لأن ثلث المال مطلقاً لا يختص بما عنده من المال حال الوصية ، بل المعتبر ما يملكه عند الموت زاد أم نقص أم تبدل .

فرع : التوسل إلى أمر يحصل به الرجوع ، كالعرض على البيع والهبة والرهن ، رجوع على الأصح[1] . ويجري الوجهان في مجرد الايجاب في الرهن والبيع .

فرع : أوصى بحنطة فطحنها ، أو جعلها سويقاً ، أو بَذَرها ، أو بدقيق فعجنه ، بطلت الوصية ، وكان ما أتى به رجوعاً لمعنيين . أحدهما : زوال الاسم . والثاني : إشعاره بإعراضه عن الوصية . ونسب الشيخ أبو حامد، المعنى الأول إلى الشافعي رحمه الله ، والثاني إلى أبي إسحاق . فلو حصلت هذه الأحوال بغير إذن الموصي ، فقياس المعنى الأول بطلان الوصية ، وقياس الثاني بقاؤها ، ونقل بعضهم وجهين في بعضها ، والباقي ملحق به ، وألحقوا بهذه الصور ما إذا أوصى بشاةٍ

---

(١) وقضيته أن مقابل الأصح أن ليس برجوع مطلقاً وليس كذلك بل مقابله أنه رجوع في القصد ، وكلام الرافعي مصرح بذلك فإنه قال : فيه وجهان كالوجهين في التوكيل ، فأسقط المصنف هذا النظير .

فذبحها ، أو بعجين فخبزه ، لكن خبز العجين ينبغي أن لا يلحق بعجن الدقيق ، فإن العجين يفسد لو ترك ، فلعله قصد إصلاحه وحفظه على الموصى له ، وألحق العبادي في « الرقم » بها ما إذا أوصى بجلد فدبغه ، أو بيض فأحضنه دجاجة ، ولك أن تقول : قياس المعنى الأول أن لا يكون الدبغ رجوعاً ، لبقاء الاسم ، وكذا الاحضان إلى أن يتفرخ . ولو أوصى بخبز فجعله فتيتاً ، فرجوع على الأصح كما لو ثرده . ويجري الوجهان فيما لو أوصى بلحم ثم قدده . ولو طبخه أو شواه ، فرجوع قطعاً . ولو أوصى برطب فتمّره ، فوجهان . الأشبه أنه ليس برجوع ، وكذا تقديد اللحم إذا تعرض للفساد . ولو أوصى بقطن فغزله ، فرجوع ، أو بغزل فنسجه ، فرجوع على الصحيح . ولو حشا بالقطن فراشاً أو جبة ، فرجوع على الأصح .

فرع : أوصى بدار فهدمها حتى بطل اسم الدار ، فهو رجوع في الأخشاب والنُّقض ، وكذا في العرصة على الأصح . ولو انهدمت ، بطلت الوصية في النُّقض على الصحيح ، لزوال اسم الدار ، وتبقى في العرصة على الصحيح ، لأنه لم يوجد منه فعل . وإن كان الانهدام بحيث لا يبطل اسم الدار بقيت الوصية فيما بقي بحاله . وفي المنفصل وجهان[1] . وإذا قلنا في الانهدام : تبطل الوصية في النقض ، فكان الانهدام بعد الموت وقبل القبول ، فطريقان . أحدهما : تخريجه على أقوال الملك . وأصحهما : القطع بأنه للموصى له ، لأن الوصية تستقر بالموت وكان اسم الدار باقياً يومئذٍ .

فرع : أوصى بثوب فقطعه قميصاً، أو صبغه، فرجوع على الأصح ، وغسله ليس برجوع . ولو قصره وقلنا : القصارة أثر ، فكالغسل . وإن قلنا : عين ، فكالصبغ . ولو أوصى بثوب مقطوع فخاطه ، فليس برجوع ، واتخاذ الباب من الخشب الموصى به كاتخاذ القميص من الثوب .

فرع : أوصى بشيء ، ثم نقله من بلد الموصى له إلى مكان بعيد ، فليس برجوع على الأصح ، ويشبه أن يكون الخلاف مخصوصاً بما إذا أشعر التبعيد بتغيُّر

---

(١) سكت الشيخ عن الترجيح .
قال في الخادم : والأرجح عدم بطلانها فيه فقد نص عليه الشافعي وقال به جمهورأصحابنا كما قاله الماوردي في الحاوي .

القصد . فأما إذا أوصى صحيح البدن بدابة ، ثم أركبها غلامَه ، أو حمل عليها إلى مكان بعيد ، فلا إشعار(١) .

فرع : أوصى بصاع حنطة بعينه ، ثم خلطه بحنطة ، فرجوع . قال أبو زيد : إن خلطه بأجود ، فرجوع ، وإلا ، فلا . والأول هو الصحيح المنصوص . ولو أوصى بصاعٍ من صبرة ، ثم خلطها بمثلها ، فليس برجوع ، لأن الموصى به كان مخلوطاً شائعاً ، فلا تضر زيادة الخلط . وإن خلط بأجود ، فرجوع ، وبالأردإ ، ليس برجوع على الأصح ، ولو اختلطت بنفسها بالأجود ، فعلى الخلاف السابق في نظائره . وإذا أبقينا الوصية ، فالزيادة الحاصلة بالجودة غير متميزة ، فتدخل في الوصية . ولو أوصى بصاع من حنطة ، ولم يعين الصاع ، ولا وصف الحنطة ، فلا أثر للخلط ، ويعطيه الوارث مما شاء من حنطة التركة . ولو وصفها وقال : من حنطتي الفلانية ، فالوصف مرعيّ . فإن بطل بالخلط ، بطلت الوصية . وإن قال : من مالي ، حصَّله الوارث .

فرع : أوصى بمنفعة عبد أو دارٍ سنة ، ثم أجر الموصى به سنة مثلاً ، فإن مات بعد انقضاء مدة الاجارة ، فالوصية بحالها . وإن مات قبله ، فوجهان . أصحهما : أنه إن انقضت مدة الاجارة قبل سنة من يوم الموت ، كانت المنفعة بقية السنة للموصى له ، وتبطل الوصية فيما مضى . وإن انقضت بعد سنة من يوم الموت ، بطلت الوصية ، لأن المستحق للموصى له منفعة السنة الأولى ، فإذا انصرفت إلى جهة ، بطلت الوصية . والثاني : أنه يستأنف للموصى له سنة من يوم انقضاء الاجارة ، فإن كان الموصي قيّد وصيته بالسنة الأولى ، وجب أنه لا يجيء الخلاف . ولو لم يسلم الوارث حتى انقضت سنة بلا عذر ، فمقتضى الوجه الأول أنه يغرم قيمة المنفعة ، ومقتضى الثاني تسليم سنة أخرى .

فرع : تزويج العبد والامة الموصى بهما ، وإجارتهما ، وختانهما ، وتعليمهما ، والاعارة ، والاذن في التجارة ، والاستخدام ، وركوب الدابة ، ولبس الثوب ، ليس برجوع ، ووطء الجارية مع العزل ، ليس برجوع ، وكذا مع الإنزال

(١) ويؤيده تخصيص الماوردي الوجهين بما إذا أنقله لغير عذر . قال : فإن نقله لعذر ظاهر من خوف طرأ فلا يكون ذلك رجوعاً .

على الصحيح وقول الأكثرين . وقال ابن الحداد : رجوع .

فرع : أوصى بعرصة ثم زرعها ، فليس برجوع كلبس الثوب . ولو بنى فيها أوغرس، فرجوع على الأصح . فإن لم نجعله رجوعاً، فموضع البناء والغراس هل هو كالبياض المتخلل حتى يأخذه الموصى له إن زال البناء والغراس يوماً ؟ أم تبطل الوصية فيه تبعاً للبناء ؟ فيه وجهان . ومطلق عمارة الدار ، ليس برجوع . فإن بطل الاسم ، بأن جعلها خاناً ، فرجوع . وإن لم يبطل ، ولكن أحدث فيها بناءً وباباً من عنده ، فعلى الوجهين فيما لو بنى في الأرض . فإن لم نجعله رجوعاً ، فالبناء الجديد لا يدخل في الوصية على الصحيح .

فصل : أوصى بمائة معينة ، ثم بمائة معينة ، فله المائتان . وإن أطلق إحداهما ، حملت المطلقة على المعيّنة ، وكذا لو أطلقها ، لم يكن له إلّا مائة . ولو أوصى بخمسين ، ثم بمائة ، فله مائة . ولو أوصى بمائة ، ثم بخمسين ، فوجهان . أصحهما : ليس له إلّا خمسون . والثاني : له مائة وخمسون[١] .

الباب الرابع في الأوصياء

الوصاية مستحبة في رد المظالم ، وقضاء الديون ، وتنفيذ الوصايا ، وأُمور الأطفال .

قلت : هي في رد المظالم وقضاء الديون التي يعجز عنها في الحال واجبة . والله أعلم[٢] .

فإن لم يوص إلى أحد ، نصب القاضي من يقوم بها . وأغرب الأُستاذ أبو منصور فحكى وجهاً ، أنه إذا كان في الورثة رشيد ، قام بهذه الأُمور وإن لم ينصبه القاضي . وللوصاية أركان وأحكام . أما أركانها ، فأربعة .

الأول[٣] : الوصي ، وله خمسة شروط ، وهي : التكليف ، والحرية ، والإسلام ، والعدالة ، والكفاية في التصرفات . فالصبي والمجنون ومَن بعضه

---

(١) وقضيته أن هذا الخلاف لا يطرق الصورة التي قبلها .

(٢) سقط في ط .

(٣) في ط الحال .

رقيق ، والمكاتب والمدبر وأم الولد ، لا تصح الوصية إليهم . وفي مستولدته ومدبره خلاف مبني على أن صفات الوصي تعتبر حالة الوصاية والموت ، أم حالة الموت ؟ ولا تجوز وصاية مسلم إلى ذمي ، ويجوز عكسه[١] ، وتجوز وصاية الذمي إلى الذمي على الأصح بشرط العدالة في دينه ، ولا تجوز إلى فاسق ولا إلى عاجز عن التصرف لا يهتدي إليه لسفه أو هرم أو غيرهما ، هذا هو الصحيح . وربما دل كلام بعض الأصحاب على أن هذا الشرط الأخير غير معتبر . وتجوز الوصاية إلى أعمى على الأصح . وقيل : لا ، فتكون الشروط ستة . وزاد الروياني وآخرون شرطاً سابعاً ، وهو أن لا يكون الوصي عدوّاً للطفل الذي يفوض أمره إليه ، وحصروا الشروط كلها بلفظ مختصر فقالوا : ينبغي أن يكون الوصي بحيث تقبل شهادته على الطفل[٢] . وكل ما اعتبر من الشروط ، ففي وقت اعتباره ثلاثة أوجه . أصحها : يعتبر حاله عند الموت . والثاني : عند الوصاية والموت جميعاً . والثالث : يعتبر في الحالتين وفيما بينهما .

فرع : لا يشترط في الوصي الذكورة ، بل يجوز التفويض إلى المرأة ، وإذا حصلت الشروط في أم الأطفال ، فهي أولى من غيرها . وحكى الحناطي وجهاً ، أنه لا تجوز الوصاية إليها ، لأنها ولاية ، ومقتضاه الطرد في جميع النساء[٣] .

---

(١) قال الشيخ البلقيني : يجوز عكسه يدل على أن ولاية المال تكون للمسلم على الكافر وإن لم يكن للمسلم أن يزوج الكافرة لأن التزويج للموالاة وهي منقطعة بين مختلفي الدين وولاية المال للأمانة وهي موجودة في المسلم على هذا فلو كان المحجور عليه كافراً والولي القريب مسلماً كما صورناه في الحجر ولي المسلم الكافر . انتهى .

ومراد الشيخ أن الكافر السفيه إذا كان له أب مسلم أو جد مسلم أنه يلي ماله أما غير السفيه من صبي أو مجنون فإنه يتبع الأب في الإسلام .

(٢) ما حكاه الشيخ عن الروياني منقول أيضاً عن القاضي أبي الطيب في المجرد .

قال في الخادم : وهذا يوافق ما قاله ابن كج من أن العداوة تسلب ولاية إجبار النكاح . نقله الحناطي عن علي ابن المرزباني قال ويحتمل خلافه . انتهى ما أردته لكن سيأتي في النكاح عن المطلب أن العداوة لا تسلب ولاية الاجبار على المذهب . وقال في الخادم : ما ذكروه من الضابط يرد عليه صورتان :

إحداهما : الأخرس فإن شهادته لا تقبل وتصح الوصية إليه كما هو ظاهر كلامهم هنا .

الثانية : الوصي إذا ادعى ديناً في التركة ولم يتمكن من اثباته تخرج الوصية من يده مخافة أن يأخذه إلا أن يبرى . ونقله عن العبادي . انتهى ما أردته منه .

(٣) أي فإنه أولى لأنه إذا منع في الأم ففي الأجنبية أولى .

فرع : إذا تغير حال الوصي ، فإن كان قبل موت الموصي ، بني على أن الشروط متى تعتبر ؟ وإن تغيَّر بعد موته ، نظر ، إن فسق ، إما بتعدٍّ في المال ، وإما بسبب آخر ، بطلت ولايته . وقيل : لا تبطل حتى يعزله الحاكم ، والصحيح الأول ، وبه قطع الجمهور ، وفي معناه قيِّم القاضي . وفي بطلان ولاية القاضي بالفسق وجهان . أصحهما : البطلان . والثاني : لا ، كالامام الأعظم . والأب ، والجد ، إذا فسقا ، انتزع الحاكم مال الطفل منهما . ولا تبطل ولاية الامام الأعظم بالفسق ، لتعلق المصالح الكلية بولايته ، بل تجوز ولاية الفاسق ابتداءً إذا دعت إليها ضرورة ، لكن لو أمكن الاستبدال به إذا فسق من غير فتنة ، استبدل . وفيه وجه ، أنها تبطل أيضاً ، وبه قطع الماوردي في « الأحكام السلطانية »[١] ، والصحيح الأول . وإذا تاب الفاسق وصلحت حاله ، فهل تعود ولايته ؟ أما الوصي والقيم، فلا تعود ولايتهما على الصحيح والأب ، والجد ، تعود ولايتهما ، والقاضي كالوصي . وإذا كان الوصي قد أتلف مالاً ، لم يبرأ عن ضمانه حتى يدفعه إلى الحاكم ، ثم يرده الحاكم إليه إن ولّاه . فإن كان أباً ، قبض المضمون من نفسه لولده ، وليس من التعدي أكل الأب والوصي مال الطفل لضرورة ، لكن إذا وجب الضمان ، فطريق البراءة ما ذكرنا .

فرع : تصرفات الوصي بعد الانعزال باطلة . قال القفال : لكن ردّ المغصوب والعواري والودائع وقضاء الديون من جنسها في التركة ، لا ينقض ، لأن أخذ المستحق فيها كافٍ .

فرع : إذا جُن الوصيّ ، أو أُغمي عليه ، أقام الحاكم غيره مقامه . فإن أفاق ، فهل يبقى على ولايته كالأب والجد والامام الأعظم إذا أفاقوا ؟ أم تبطل لأنه

---

(١) ما حكاه عن إيراد الماوردي في الكتاب المذكور ليس على إطلاقه بل قيده بقيد لا بد منه فقال ما نصه :
فأما الخروج من عدالته بعد الفسق وهو على ضربين : أحدهما : ما تابع فيه الشهوة . والثاني : ما تعلق فيه بشبهة فأما الأول كإقدامه على المحظورات فهذا فسق مع انعقاد الامامة واستدامتها إذا طرأ فلو عاد إلى العدالة لم يعد إلا بعقد مبتدأ .
وأما الثاني فيتعلق باعتبار المتأول بشبهة بغرض متأول لها خلاف الحق فقد اختلف العلماء فمنهم من قال المنع من انعقاد الامامة ومن استدامتها وقال كثير من علماء العصر انه لا يمنع كما لا يمنع من ولاية القضاء وجواز الشهادة انتهى .

يلي بالتفويض كالتوكيل بخلاف الأب وبخلاف الامام للمصلحة الكلية ؟ فيه وجهان . أصحهما : الثاني ، ويجريان في القاضي إذا أفاق . وإذا أفاق الامام الأعظم بعدما ولي غيره ، فالولاية للثاني ، إلا أن تثور فتنة ، فهي للأول ، ذكره البغوي .

فرع : لو اختلت كفاية الوصي ، بأن ضعف عن الكتابة والحساب ، أو ساء تدبيره لكبر أو مرض ، ضم القاضي إليه من يعينه ويرشده . ولو عرض ذلك لقيم القاضي ، عزله ، لأنه الذي ولاه .

الركن الثاني : الموصي ، فإن كانت الوصاية في قضاء الديون وتنفيذ الوصايا ، صحت من كل حر مكلف . وإن كانت أمور الأطفال ، اشترط مع ذلك أن يكون للموصي ولاية على الموصى في حقه من الصبيان والمجانين ابتداءً من الشرع ، لا بتفويض[1] وفيه مسائل .

إحداها : أن الوصي هل يوصي ؟ فيه صور .

إحداها : ليس للوصي في الوصاية المطلقة أن يوصيَ .

قال : أوصيت إليك إلى أن يبلغ ابني فلان ، أو يقدم من سفره ، فإذا بلغ أو قدم ، فهو الوصي . أو قال : أوصيت إليك سنة وبعدها وصيي فلان ، فالمذهب صحته ، وبه قطع الجمهور ، وتحتمل الوصية التعليق كما تحتمل الجهالات والأخطار . وحكى الحناطي وآخرون فيه خلافاً ، كتعليق الوكالة ، وبالمنع أجاب الروياني فقال : لو قال : إذا مت فقد أوصيت إليك ، لا يجوز ، بخلاف قوله : أوصيت إليك إذا متُّ . ولو قال : أوصيت إليك ، فإذا حضرك الموت فقد أوصيت إلى من أوصيتَ إليه ، أو فوصيُّك وصيي ، فباطلة على الأظهر . وقيل : قطعاً . وقيل : صحيحة قطعاً .

الثالثة : أوصى إلى زيد ، وأذن له في الوصاية، نظر ، إن لم يعيّن ، بل قال :

---

(١) قال الشيخ البلقيني : محل ما ذكره إذا لم يكن الأولاد البالغون ـ أي من المجانين طرأ عليهم السفه ، فإن الذي يلي أمرهم القاضي على الأصح ، أما لو كان البالغون لم يرشدوا قط فإن الولاية عليهم للأب ثم الجد فيجوز والحالة هذه نصب الوصي عليهم .

أوصي بتركتي إلى من شئتَ ، فأوصى بها إلى شخص ، صح على الأظهر . وقيل : قطعاً[(١)] . وإن عين فقال : أوصي بها إلى فلان ، فكذلك . وقيل : تصح قطعاً ، لأنه قطع اجتهاده ، فصار كقوله : أوصيت بعده إلى فلان .

فرع : لو أطلق فقال : أوصي إلى من شئت، أو إلى فلان ، ولم يضف إلى نفسه ، فهل يحمل على الوصاية عنه حتى يجيء فيه الخلاف ؟ أم يقطع بأنه لا يوصي عنه ؟ فيه وجهان حكاهما البغوي ، وقال : الأصح الثاني .

المسألة الثانية : لا يجوز نصب وصي على الأولاد البالغين العقلاء ، لأنه لا يلي أمرهم[(٢)]. وأما المجانين ، فتجوز الوصاية في أمرهم كالصبيان ، وله نصب الوصي لقضاء الدين والوصايا . وإذا نصبه لذلك ، لم يتمكن من إلزام الورثة تسليم التركة لتباع في الدين ، بل لهم إمساكها وقضاء الدين من مالهم . فلو امتنعوا من التسليم والقضاء من عندهم ، ألزمهم أحد الأمرين[(٣)] . هذا إذا أطلق الوصاية بقضاء الدين . فإن قال : ادفع هذا العبد إليه عوضاً عن دينه ، فينبغي أن لا يكون للورثة

---

(١) قال في الخادم : ظاهره أن الخلاف في الإيصاء عن الموصي ، وعن نفسه لكن تعليل الرافعي صريح في أن الكلام في الايصاء عن الموصي وهذا هو الذي فهم ابن الرفعة من كلام الرافعي فقال في الكفاية : فرض الرافعي الخلاف في الاذن في الايصاء عن الموصي ، وفرضه القاضي أبو الطيب وابن الصباغ والروياني في الاذن عن نفسه وقطعوا بالصحة فيما إذا أذن له أن يوصي عن الموصي .
قال صاحب الخادم : وبه صرح في البيان وساق لفظه ونقله عن الاستقصاء .

(٢) أطلق ذلك ومحله إذا طرأ عليهم السفه فإن الذي يلي أمرهم القاضي على الأصح أما لو كان البالغون لم يرشدوا قط فإن الولاية عليهم للأب ثم الجد فيجوز حينئذ نصب الولي عليهم .

(٣) قال في الخادم : من هنا يؤخذ أن الوصية بقضاء الدين لا تسلط الوصي على البيع دون إذن الوارث ، وقد استفتى العلامة نجم الدين بن الرفعة من الشام ـ عن مسائل ، منها : هل للوصي إذا أثبتت الديون عند الحاكم أن يبيع التركة مستقلاً بنفسه أو باذن الحاكم لوفاء الديون بغير إذن الورثة أو امتناعهم من وفاء الدين والحالة هذه أو لا يبيعها إلا إذا امتنعت الورثة من قضاء الدين بطريقة أو بإذنهم له في البيع .
فأجاب ليس له بيع التركة إذا كانت عقاراً أو ما في معناه من العروض التي تمنع من اقتنائها ـ أي من بيعها ـ قبل مراجعة الولد بسبب ذلك وتخييره في قضاء الدين إن كان قدر قيمة التركة أو دونها أو بدل ما تقدم ذكره إن زادت الديون على قيمة التركة والاعراض عن إمساكه التركة لنفسه أما ما عدا ذلك من العروض وكلام بعض الأصحاب يقتضي جواز بيع ذلك للوصي والحالة هذه قبل مراجعة الوارث وتخييره ومراجعة الحاكم لأن ذلك لا يحتفل به لكثرة أمثاله وتيسر وجوده والأشبه عندي أنه لا بد في ذلك من مراجعة الوارث وتخييره في كل التركة ما كانت لأنها أعيان أمواله لكن عند تيسر ذلك ، فإن لم =

إمساكه ، لأن في أعيان الأموال أغراضاً . ولو قال : بعه واقض الدين من ثمنه ، فيجوز أن لا يكون لهم الامساك أيضاً ، لأنه قد يكون أطيب(١) .

المسألة الثالثة : لا يجوز للأب نصب الوصي في حياة الجد على الصحيح ، لأن ولايته ثابتة شرعاً كولاية التزويج . هذا في أمر الأطفال ، فأما في قضاء الديون والوصايا ، فله ذلك ، ويكون الوصي أولى من الجد . ولو لم ينصب وصيّاً ، فأبوه أولى بقضاء الدين وأمر الأطفال ، والحاكم أولى بتنفيذ الوصايا ، كذا نقله البغوي وغيره .

الرابعة : ليس لغير الأب والجد الوصاية في أمر الأطفال ، ولا للأم إلاّ على قول الاصطخري في أنها تلي فتوصى .

الركن الثالث : الموصى فيه ، وهو التصرفات المالية المباحة ، فيدخل فيه الوصاية بقضاء الديون ، وتنفذ في الوصايا وأمور الأطفال ، ولا تجوز في تزويج الأطفال ، ولا في معصية ، كبناء كنيسة وكتب التوراة . وذكر طائفة منهم الامام ، أن الوصاية لا تجري في ردّ المغصوب والودائع ، ولا في الوصية بعين لمعيّن ، لأنها مستحقة بأعيانها فيأخذها أصحابها ، وإنما يوصي فيما يحتاج إلى نظر واجتهاد ، كالوصية للفقراء ، وهذا الذي قالوا موضع توقف نقلاً ومعنى . أما النقل ، فما سيأتي

= يتيسر ناب الحاكم عنه في الاذن ، ويدل على صحة هذا الاحتمال أن صاحب البحر حكى فيما لو باع الوصي في وفاء الدين متاع البيت بثمن ما يحتفل به وما لا يحتفل به ومقابل الأظهر أن بيعه موقوف ، فإن بذل الوارث قيمة التركة أو قضى الدين بان بطلانه وإلا فلا ، وكان يشبه أن يقال فيما إذا أوصى الميت إلى آخر بوفاء دينه ولم يتعرض للاذن في بيع التركة أن لا تسلط للوصي على البيع كيف وقد قال الأصحاب إذا أوصى إليه في شيء لم يكن وصياً في غيره وحينئذ يكون المتولي في البيع هو الوارث إن لم يرغب في إمساك ذلك بالطريق السابق لأن الملك في الرقبة له وهو يخرج عن ملكه إلى ملك المشتري بالشراء إلى آخر ما ذكره الزركشي عنه .

(١) حكى القاضي الحسين في الأسرار عن القفال في هذه المسألة التي بحثها الشيخ وجهين فقال : لو قال اقض ديني من هذا المال ففيه وجهان مبنيان على ما لو أوصى بقضاء دينه فهل ينفذ ويحاصص أهل الوصايا .
وقضية البناء ترجيح الاحتمال الذي اقتصر عليه الرافعي .
قال في المطلب : إنه الظاهر حتى لرب الدين أن يمتنع من قبض الدين من مال الوارث نعم لو قبض رب الدين من مال الوارث برضاه بطلت فائدة التعيين كما إذا قبضه من أجنبي .

في بقية الباب وفي « كتاب الوديعة » إن شاء الله تعالى حيث قالوا : إن أوصى إلى فاسق ، ضمن . وأما المعنى ، فلأنه قد يخاف خيانة الوارث[١] .

الركن الرابع : الصيغة ، فلا بد من الوصاية من الايجاب ، بأن يقول : أوصيت إليك ، أو فوضت ، أو أقمتك مقامي ، ونحو ذلك ، ويجوز فيها التوقيت كما سبق من جواز التعليق ، وذلك كقوله : أوصيت إليك سنة ، أو إلى أن يبلغ ابني فلان ، أو أوصى إلى زوجته إلى أن تتزوج . وأما القبول ، فالمذهب اشتراطه ، وأشار بعضهم إلى خلاف فيه . وهل يقوم عمل الوصي مقام لفظ قبوله ؟ وجهان . وكل هذا مأخوذ من الوكالة ، ولا يشترط القبول في حياة الموصي . فلو قيل في حياته ، لم يعتدَّ به على الأصح . كما لو أوصى بمال ، يشترط القبول بعد الموت . وقيل : يعتدّ به ، كما لو وكله بعمل يتأخر ، يصح القبول في الحال . والرد في حياة الوصي على هذين الوجهين . فعلى الأول ، لو ردّ في حياته ، ثم قبل بعد موته ، جاز ، ولو رد بعد الموت ، لغت الوصاية .

فرع : إن فصّل فقال : أوصيت إليك في قضاء ديوني وتنفيذ وصاياتي والتصرف في أموال أطفالي والقيام بمصالحهم ، أو ذكر بعض هذه الأعمال ، فذاك ، وإن اقتصر على قوله : أوصيت إليك ، أو أقمتك مقامي في أمر أطفالي ، ولم يذكر التصرفَ ، فثلاثة أوجه . أصحها : له التصرف والحفظ اعتماداً على العرف . والثاني : ليس له إلا الحفظ تنزيلاً على الأقل . والثالث : لا تصح الوصاية حتى يبين ما فوضه إليه . ولو اقتصر على قوله : أوصيت إليك ، فباطلة قطعاً[٢] .

فرع : لو اعتقل لسانه ، فأوصى بالاشارة المفهمة ، أو قرىء عليه كتاب الوصاية ، فأشار برأسه أن نعم ، صحت الوصاية كالأخرس .

فرع : أوصى إليه في تصرف ، لا يتعدَّاه .

---

(١) وأبدى ابن الرفعة معنى آخر فقال : يجوز أن يظهر فائدة الوصاية في تنفيذ الوصاية بالأعيان في حال غيبة الموصى لهم وفي حال تعذر القبول فيكون الأعيان تحت يد الموصي . ولولا الوصاية لكانت في تلك الحالة تحت يد الحاكم انتهى . وتظهر فائدتها في الودائع والعواري والغصوب في مطالبة الوصي بها لتصل إلى يد أصحابها وتبرأ ذمة الميت عنها .

(٢) الخلاف ثابت ذكره القاضي الحسين في باب تجارة الموصي بمال اليتيم وذكره أيضاً الدبيلي .

فرع : يجوز أن يوصيَ إلى اثنين فصاعداً ، وأن يوصيَ إلى واحد وينصب عليه مشرفاً ، ولا يتصرف الوصي إلاّ بإذنه . ثم إذا أوصى إلى اثنين ، إن كانت في رد الودائع أو الغصوب والعواري وتنفيذ الوصية المعينة وقضاء الدين الذي في التركة من جنسه ، فلكل منهما الانفراد به ، لأن صاحب الحق مستقل في هذه الصور بالأخذ . هكذا نقل البغوي وغيره ، وهذا أحد المواضع التي صرّحوا فيها بجريان الوصاية في ردّ الغُصوب والعواري ، خلاف ما قالته تلك الطائفة . ثم وقوع المدفوع موقعه ، وعدم الردّ والنقص عند انفراد أحدهما ، بيّن ، لكن تجويز الانفراد ليس ببين ، فإنَّ تصرفهما في هذه الأموال مستفاد بالوصاية ، فليكن بحسبها ، ولتجىء فيه الأحوال التي سنذكرها إن شاء الله تعالى في سائر التصرفات ، وستجد في كلام الأصحاب ما هو كالصريح فيما ذكرته .

وإن كانت الوصاية في تفرقة الثلث وأُمور الأطفال والتصرف في أموالهم ، فلها أحوال .

أحدها : أن يثبت الاستقلال لكل واحد فيقول : أوصيت إليكما ، أو إلى كل منكما ، أو يقول : كل واحد منكما وصيي في كذا ، قال أبو الفرج الزاز : أو يقول : أنتما وصيّاي في كذا ، فلكل منهما الانفراد بالتصرف . وإذا مات أحدهما أو جن أو فسق ، أو لم يقبل الوصاية ، كان للآخر الانفراد . وإن ضعف نظر أحدهما ، فللآخر الانفراد ، وللحاكم أن يضم إلى ضعيف النظر مَن يعينه .

الثاني : أن يشترط اجتماعهما على التصرف ، فليس لواحد منهما الانفراد . فإن انفرد ، لم ينفذ البيع والشراء والاعتاق ، ويضمن ما أنفق . فإن مات أحدهما ، أو جن ، أو فسق ، أو غاب ، أو لم يقبل الوصية ، نصب الحاكم بدلاً عنه ليتصرف مع الآخر . وهل له إثبات الاستبداد للآخر ؟ وجهان . أصحهما : لا . ولو ماتا جميعاً ، فهل للحاكم نصب واحد ؟ أم لا بد من اثنين ؟ فيه الوجهان . قال إمام الحرمين : وليس المراد من اجتماعهما على التصرف تلفظهما بصيغ العقود معاً ، بل المراد صدوره عن رأيهما ، ثم لا فرق بين أن يباشر أحدهما أو غيرهما باذنهما .

الثالث : أن يطلق قوله : أوصيت إليكما ، فهو كالتقييد بالاجتماع ، لأنه المتيقن .

فصل : قال : أوصيت إلى زيد ، ثم قال : أوصيت إلى عمرو ، لم يكن عزلاً لزيد ، ثم إن قبلا ، فهما شريكان ، وليس لأحدهما الانفراد بالتصرف على الصحيح ، وبه قطع المتولي . وقال البغوي : ينفرد ، وهو ضعيف . ولو قبل أحدهما فقط ، انفرد بالتصرف . ولو قال لعمرو : ما أوصيتُ به إلى زيد قد أوصيتُ به إليك ، فهو رجوع . ولو قال لزيد : ضممت إليك عمراً ، أو قال لعمرو : ضممتك إلى زيد ، فإن قبل عمرو دون زيد ، لم ينفرد بالتصرف ، بل يضم القاضي إليه أميناً ، وينبغي أن يجيء في استقلاله الوجهان . وإن قبل زيد دون عمرو ، فالذي ذكره الغزالي والمتولي ، أنه ينفرد بالتصرف ، وفيه نظر ، وإن قبلا جميعاً ، فقال الغزالي : هما شريكان ، ويشبه أن يقال : زيد وصيي ، وعمرو مشرف .

فرع : أوصى إلى شخصين ، فاختلفا في التصرف ، نظر ، إن كانا مستقلين ، وقال كل واحد : أنا أتصرف ، حكى الشيخ أو حامد أنه يقسم ، فيتصرف كل واحد في نصفه ، فإن كان مما لا ينقسم ، ترك بينهما حتى يتصرفا فيه . وقال غيره : لا حاصل لهذا الاختلاف ، ومن سبق نفذ تصرفه[1] . وإن لم يكونا مستقلين ، أمرهما الحاكم بما رآه مصلحة . فإن امتنع أحدهما ، ضم القاضي إلى الآخر أميناً . وإن امتنعا ، أقام مقامهما أمينين ، ولا ينعزلان بالاختلاف ، بل الآخران نائبان عنهما . وإن اختلفا في تعيين من يصرف إليه من الفقراء ، عين القاضي من يراه . وإن اختلفا في الحفظ ، قسم ، ولكل واحد التصرف فيما في يده ويد صاحبه وقيل : إن لم يكونا مستقلين ، لم ينفرد أحدهما بحفظ شيء . والصحيح المنصوص الذي عليه الجمهور : أنه لا فرق . ثم إذا قسم ، وتنازعا في عين النصف المحفوظ ، أقرع على الأصح . وقيل : يعين القاضي[2] . هذا إذا كان المتاع منقسماً ، وإلّا فيحفظانه معاً بجعله في بيتٍ يقفلانه ، أو برضاهما بنائب يحفظه من جهتهما ، وإلا ، فيتولى القاضي حفظه ، وكذا لو كان منقسماً وقلنا : لا ينقسم عند عدم الاستقلال . ثم ذكر البغوي ، أن هذا التفصيل فيما إذا

---

(١) قال في الخادم : قضيته أن عامة الأصحاب على خلاف مقالة أبي حامد لكن سيأتي في كلامه عن أبي اسحاق ما يوافقه . انتهى ما أردته منه .

(٢) الترجيح للشيخ والذي ذكره الرافعي فيه وجهان أولهما . أورده الحناطي أنه يقرع .

جعل إليهما التصرف واختلفا في الحفظ إلى التصرف . فأما إذا جعل الحفظ إلى اثنين ، فلا ينفرد أحدهما بحال .

فصل في أحكام الوصايا : فمنها الجواز ، فللموصي الرجوع متى شاء ، وللوصي عزل نفسه متى شاء .

قلت : إلا أن يتعين عليه ، أو يغلب على ظنه تلف المال باستيلاء ظالم من قاضٍ وغيره(١) . والله أعلم .

ومنها : أن الوصي يقضي الديون التي على الصبي من الغرامات والزكوات وكفارة القتل . وفي الكفارة وجه ، لأنها ليست على الفور(٢) ، وينفق عليه وعلى من عليه نفقته ، ولينفق بالمعروف ، وهو ترك الاسراف والتقتير . فإن أسرف ، ضمن الزيادة ، ويشتري له الخادم عند الحاجة إذا كان مثله يخدم .

فرع : إذا بلغ الصبي ، ونازعه في أصل الانفاق ، صدّق الوصي بيمينه .

(١) هذه الزيادة تابع الشيخ فيها أبا عمر وابن الصلاح في فتاويه . وكذا أجاب الشيخ ابن عبد السلام وزاد ولا يصح عزله ، وذكر في الخادم عن بعضهم أنه قال : إذا كان حفظ مال اليتيم فرض كفاية والشروع في فروض الكفاية يوجب الاتمام على الأصح فينبغي أن يحرم على الموصي عزل نفسه مطلقاً . وجوابه أن ذلك في قطع يفوت به المقصود كصلاة الجنازة دون ما لم يفت لأن محل الجواز إذا لم يضيع بعزله ، ومحل الجواز أيضاً إذا لم يكن إجارة لازمة فإن كانت فقد ذكر الماوردي أنه يلزمه القيام بها وإن ضعف عنها استؤجر من ماله من يقوم مقامه فيما يعجز عنه وله الأجرة المسماة .

قال في الخادم : وفي كلامه إشكال من وجهين :

أحدهما : تجويزه الاجارة فيه ، فإن الشروع لا يتصل بالعقد ويمكن تصويرها بما إذا استأجره القاضي على الاستمرار في الوصية لمصلحة رآها .

الثاني : هذه إجارة عين فكيف يستأجر غيره .

قال ـ أعني صاحب الخادم ـ وسكتا يعني الشيخين عن حال الوصي قبل القبول هل يلزمه أم لا ونقل عن الماوردي أنه قال : إن كان يعلم من نفسه الأمانة والقدرة فيستحب له القبول وإن لم يعلم من نفسه ذلك فيختار له أن لا يقبل .

قال الزركشي : وعلى هذا فإن علم الخيانة أو التضييع فالوجه التحريم إلى آخر ما ذكره في الخادم .

(٢) قال في الخادم : إنما يقضي الدين عند الطلب كما سبق في باب الحجر وما قاله في كفارة القتل هو فيما إذا أعتق من مال الصبي ، فإن كان الاعتاق عن الصبي من مال الصبي لم يجر ولا بد من قبول الحاكم بخلاف الأب والجد . كذا قاله الرافعي في باب كفارة القتل وأطلق في الصداق المنع في صورة الولي من مال نفسه .

ولو قال : أسرفت في الانفاق ، فإن كان بعد تعيينهما قدراً ، نظر فيه ، وصدِّق من يقتضي الحال تصديقه . وإن لم يعينا ، فالمصدَّق الوصي على المذهب ، وبه قطع الجمهور ، وحكى البغوي عن بعضهم فيه وجهين . وهذا على غرابته يجيء في أصل الانفاق[1] .

فرع : ادعى أن الوصي خان في بيع ماله ، فباعه بلا حاجة ولا غبطة ، ففيه خلاف قدمناه في « باب الحجر » . والمذهب أن القول قول المدعي .

فرع : تنازعا في تاريخ موت أبيه ، فقال : من خمس سنين ، فقال الوصي : من ست ، واتفقا على إنفاقه من يوم الموت ، لم يقبل قول الوصي على الأصح .

فرع : ادَّعى دفع المال إليه بعد البلوغ ، لا يقبل بغير بينة على الصحيح .

فرع : يقبل قول الوصي في التلف بالغصب والسرقة .

فرع : قيِّم الحاكم ، كالوصي فيما ذكرناه ، والمجنون بعد إفاقته كالصبي بعد بلوغه في كل ذلك .

فصل : إذا بلغ الصبي مجنوناً أو سفيهاً ، استمرت ولاية الوصي كما سبق في باب الحجر به ثم إن رأى أن يدفع إلى المبذر نفقة أسبوع أسبوع، فعل، فإن لم يثق به ، دفعها إليه يوماً يوماً ، ويكسوه كسوة مثله ، فإن كان يخرقها ، هدَّده ، فإن لم يمتنع ، اقتصر في البيت على إزار . وإذا خرج ، كساه وجعل عليه رقيباً .

فصل : ليس له تزويج الأطفال وإن ذكره الموصي ، ولا بيع مال الصبي لنفسه ولا عكسه ، ولا بيع مال صبي لصبي ، وتجوز شهادة الوصي على الأطفال ، ولا تجوز شهادته لهم بمال وإن كان وصيّاً في تفرقة الثلث فقط ، لأنه يثبت لنفسه ولاية ، ويجوز لمن هو وصي في مال معين أن يشهد بغيره .

فصل في مسائل منثورة : يجوز للوصي أن يوكل فيما لم تجر العادة

(١) قال في الخادم : دعوى إغراب البغوي غريب من أن القاضي الحسين وصاحب الشامل والبيان والنهاية حكوا الوجهين في الوصي وجزموا في الأب والجد بتصديقهما .

بمباشرته لمثله ، ولا يجوز أن يبيع شيئاً من مال كبار الورثة بغير إذنهم . وإذا أوصى بثلث ماله وليس له إلاّ عبد ، ولم يبع الوصي إلا ثلثه . ولو كان الوصي والصبي شريكين ، لم يستقل بالقسمة ، سواء قلنا : هي بيع أو إفراز . وفي « فتاوى » القفال : ليس له خلط حنطته بحنطة الصبي ، ولا دراهمه بدراهمه ، وقول الله تعالى : ﴿**وإن تخالطوهم**﴾[1] محمول على ما لا بد منه للارفاق ، وهو خلط الدقيق بالدقيق واللحم باللحم للطبخ ونحوه ، ولا يلزم الوصي الاشهاد في بيع مال اليتيم على الأصح . وفي الجرجانيات لأبي العباس الروياني وجهان في أن الولي لو فسق قبل انبرام البيع ، هل يبطل البيع[2] ؟ ووجهان في أن الوصاية هل تنعقد بلفظ الولاية ، كقوله : وليتك كذا بعد موتي[3] ؟ ويجوز للوصي أن يدفع مال اليتيم مضاربة إلى من يتصرف في البلد ، ويجوز إلى من يسافر به إذا جوزنا المسافرة به عند أمن الطريق ، وهو الأصح كما سبق في الحجر[4] ولو أوصى إلى الله تعالى ، وإلى زيد ، فقياس ما سبق فيما إذا أوصى لله تعالى ولزيد مجيء وجهين . أحدهما : أن الوصاية إلى زيد . والثاني : إلى زيد والحاكم[5] . ولو أوصى بشيء لرجل لم يذكره ، وقال : قد سميته لوصيي ، فللورثة أن لا يصدِّقوه . وفي شرح أدب القاضي لأبي عاصم العبادي ، أنه لو قال : سميته لوصييَّ زيد وعمرو ، فعيّنا رجلاً ، استحقه . وإن اختلفا في التعيين ، فهل تبطل الوصية ، أم يحلف كل منهما مع شاهده ؟ قولان . وفي الزيادات لأبي عاصم : أنه لو خاف الوصي أن يستولي على المال ، فله أن يؤديَ شيئاً لتخليصه ، والله يعلم المفسد من المصلح[6] .

---

(١) سورة البقرة : الآية ٢٢ .

(٢) سكت الشيخ عن الترجيح .
قال في الخادم : والظاهر أنه لا يبطل بل يقوم الحاكم مقامه ويفعل الأحظ للمولى عليه ، وهذا فيما إذا لم يبلغ الصبي رشيداً فلو بلغ فينبغي انتقاله إليه . انتهى ما أردته .

(٣) قال في الخادم : يشبه أن يكونا في كونها كناية وأن يكونا في غير منصوب القاضي .

(٤) قال الشيخ البلقيني : الذي ذكره في الحجر جواز المسافرة في البر فأما المسافرة في البحر فإنه لا يجوز وإن كان الغالب فيه السلامة على المذهب كما سبق في الحجر في زياداته وقد كتبت هناك عن النص ما يقتضي خلافه .

(٥) قال في الخادم : كلام الرافعي يشعر بترجيح الأول والظاهر القطع به ، فإن المفهوم عرفاً من إطلاق هذا اللفظ وإنما يذكر اسمه تبارك وتعالى تبركاً وتوكلاً واستعطافاً إلى آخر ما ذكره .

(٦) قال في الخادم : ويجب اجتهاده في ذلك الشيء حتى لا يدفع له قدراً مع ظنه اندفاعه بما دونه ثم ذكر =

وفي فتاوى القفال : أنه لو أوصى إلى رجل فقال : بع أرضي الفلانية ، واشتر من ثمنها رقبة فاعتقها عني ، وأحج عني ، واشتر مائة رطل خبز فأطعمها الفقراء ، فباع الأرض بعشرة ، وكان لا توجد رقبة إلاّ بعشرة ، ولا يحج إلاّ بعشرة ، ولا يباع الخبز بأقل من خمسة ، فتوزع العشرة عليها على خمسة أسهم ، ولا يحصل الاعتاق والحج بحصتهما ، فيضم إلى حصة الخبز تمام الخمسة ، فينفذ فيه الوصية ، ويرد الباقي على الورثة ، كما لو أوصى لكل واحد من زيد وعمرو بعشرة ، وكان ثلاثة عشر ، فرد أحدهما ، دفعت العشرة إلى الآخر . ولو قال : اشتر من ثلثي رقبة فاعتقها ، وأحج عني ، واحتاج كل منهما إلى عشرة ، فإن قلنا : يقدم العتق ، صرفت العشرة إليه ، وإلا ، فينبغي أن يقرع بينهما ولا يوزع ، إذ لو وزع ، لم يحصل واحد منهما ، وبالله التوفيق .

= احتمالاً بعدم الدفع وهو ضعيف . وقال الشيخ جلال الدين البلقيني : عامل القراض والشريك إذا دفع مالاً لتخليص مال القراض من الظالم ينبغي أن يلحق بذلك

كتاب الوديعة[1][2]

هي المال الموضوع عند أجنبي ليحفظه[3] . واستودعته الوديعة : استحفظته إياها . ومن أودع وديعة يعجز عن حفظها ، حرم عليه قبولها[4] ؛ وإن كان قادراً ،

(١) وشرعاً : توكيل في حفظ مملوك أو محترم مختص على وجه مخصوص ، فدخل في ذلك صحة إيداع الخمر المحترمة ، وجلد ميتة يطهر بالدباغ ، وزبل ، وكلب معلم وخرج بمختص : ما لا اختصاص فيه كالكلب الذي لا يقتنى ، وبتوكيل العين في يد ملتقط . وثوب طيرته ريح ونحوه ، لأنه مال ضائع مغاير لحكم الوديعة والأصل فيها قبل الاجماع قوله تعالى ﴿ **إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها** ﴾ فهي وإن نزلت في رد مفتاح الكعبة إلى عثمان بن طلحة فهي عامة في جميع الأمانات . قال الواحدي : أجمعوا على أن الآية نزلت بسبب مفتاح الكعبة . ولم ينزل في جوف الكعبة آية سواها ، وقوله تعالى ﴿ **فليؤد الذي اؤتمن أمانته** ﴾ .

وخبر ـ « أد الأمانة ـ إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك » رواه الحاكم وقال على شرط مسلم .

وروى البيهقي عن عمر رضي الله عنه أنه قال وهو يخطب الناس « لا يعجبنكم من الرجل طنطنته ، ولكن من أدى الأمانة وكف عن أعراض الناس ، فهو الرجل » ولأن بالناس حاجة بل ضرورة إليها .

(٢) في الأصل باب الوديعة .

(٣) قال في الخادم : قضيته أن ما ليس بمال من المختصات كالنجاسات المنتفع بها لا يصح إيداعه وسنذكر ما فيه وخرج بقوله الموضوع الأمانات الشرعية كما لو طيرت الريح ثوباً إلى داره والعين في يد الملتقط فإن الائتمان فيها من جهة الشرع لا من المالك إلا أنه قد يخرج العقار وسيذكر الرافعي أنه لا فرق بين المنقول والعقار ، ثم قال وخرج بقوله ليحفظه يد الغاصب ويد المستعير إلى آخر ما ذكره ، وأخذه من كلام الشيخ الأذرعي .

(٤) قال في القوت : هذا واضح إذا جهل المالك الدافع حاله لا ما إذا علم به ، فلو أخذها فهل تكون مضمونة بمجرد الأخذ أو لا؟ فيه نظر والأقرب المنع لأن المالك رضي بيده . نعم لو أودعه وكيل أو ولي حيث يجوز له الإيداع ضمن بمجرد الأخذ . قلته تفقهاً ثم رأيت في محيط ابن يونس تقييد التحريم على العاجز بما إذا ظن المالك به القدرة . (قاله البكري) .

لكن لا يثق بأمانة نفسه ، فهل يحرم قبولها ، أم يكره ؟ وجهان[١] . وإن قدر ، ووثق بأمانة نفسه ، استحب القبول . فإن لم يكن هناك غيره ، فقد أطلق مطلقون أنه يتعين عليه القبول ، وهو محمول على ما بينه السرخسي في الأمالي ، وهو أنه يجب أصل القبول دون أن يتلف منفعة نفسه وحرزه في الحفظ من غير عوض .

فرع : لا يصح إيداع الخمر ونحوها .

فصل : الايداع ، توكيل خاص ، وأركانه ، كأركانها أربعة : الحفظ ، والعاقدان ، والصيغة . فلا بد من صيغة من المودع دالة على الاستحفاظ ، كقوله : استودَعتُكَ هذا المال ، أو أودعتك ، أو استحفظتك ، أو أنبتك في حفظه ، أو احفظه ، أو هو وديعة عندك ، أو ما في معناها[٢] . وفي اشتراط القبول باللفظ ثلاثة أوجه . أصحها : لا يشترط[٣] ، بل يكفي القبض في العقار والمنقول . والثاني : يشترط . والثالث : يشترط إن كان بصيغة عقد ، كأودعتك ، ولا يشترط إن قال : احفظه ، أو هو وديعة عندك . ولو قال : إذا جاءَ رأس الشهر ، فقد أودعتك هذا ، فقطع الروياني في « الحلية » بالجواز ، والقياس تخريج على الخلاف في تعليق الوكالة . ولو جاء بماله ، ووضعه بين يدي غيره ، ولم يتلفظ بشيء ، لم يحصل الايداع . فلو قبضه الموضوع عنده ، ضمنه . وكذا لو كان قد قال قبل ذلك : أريد أن أودعك ، ثم جاء بالمال ، فإن قال : هذا وديعتي عندك ، أو احفظه ، ووضعه بين

---

(١) لم يصرح الشيخ بترجيح لكنه في المنهاج جرى على الكراهة .
قال في القوت : وبالتحريم أجاب أصحاب الحاوي والمهذب والذخائر والمحيط والحلية ثم قال ويتجه أن يقال إن غلب على ظنه الخيانة أو علمها من نفسه وعادته حرم وإن غلب على ظنه الحفظ وأداء الأمانة فلا وإن تردد على السواء فوجهان وقال ابن الرفعة : إن للخلاف التفاتاً على الخلاف فيما إذا خاف الخيانة هل يجوز الالتقاط ، وقد يُرتب لأن خوف الخيانة فوق عدم الوثوق بالأمانة . قال : ويظهر أن هذا كله فيما إذا أراد قبولها من غير اطلاع المالك على الحال فإن أطلعه فرضي بذلك فلا تحريم ولا كراهة ، وكذا محل ذلك إذا لم يتعين القبول فإن تعين فقد يقول عند الخوف به أيضاً كما في ولاية القضاء . انتهى .
وهذا كله في المتردد ولا ترجيح عنده كما أشرت إليه . انتهى كلام القوت .

(٢) قال في القوت : هذا في الناطق الحاضر ، وتكفي إشارة الأخرس المفهمة وكذا كتابة الغائب فيما أراه وكذلك الحاضر بالبلد على الأصح كالبيع وأولى .

(٣) قال في القوت : أيضاً هذا في الناطق ، أما الأخرس فكما سبق .

يديه ، فإن أخذه الموضوع عنده ، تمت الوديعة إن لم يشترط القبول لفظاً . وإن لم يأخذه ، نظر ، وإن لم يتلفظ لم يكن وديعة ، حتى لو ذهب وتركه ، فلا ضمان عليه ، لكن يأثم إن كان ذهابه بعدما غاب المالك . وإن قال : قبلت ، أو ضعه ، فوضعه ، كان إيداعاً ، كما لو قبضه بيده ، كذا قال البغوي . وقال المتولي : لا يكون وديعة ما لم يقبضه . وفي « فتاوى » الغزالي : أنه إن كان الموضعَ في يده ، فقال : ضعه ، دخل المال في يده ، لحصوله في الموضع الذي هو في يده . وإن لم يكن ، بأن قال : انظر إلى متاعي في دكاني ، فقال : نعم ، لم يكن وديعة[1] . وعلى الأول ، لو ذهب الموضوع عنده وتركه ، فإن كان المالك حاضراً بعدُ ، فهو ردٌّ للوديعة . وإن غاب المالك ، ضمنه .

فصل : لا يصح الايداع إلا من جائز التصرف . فلو أودع صبي أو مجنون مالاً ، لم يقبله ، فإن قبله ضمنه ، ولا يزول الضمان إلاّ بالرد إلى الناظر في أمره . لكن لو خاف هلاكه في يده ، فأخذه على وجه الحسبة صوناً له ، لم يضمنه على الأصح[2] ولا يصح الايداع إلاّ عند جائز التصرف ، فلو أودع مالاً عند صبي ، فتلف ، لم يضمنه ، إذ ليس عليه حفظه ، فهو كما لو تركه عند بالغ من غير استحفاظ فتلف . وإن أتلفه الصبي ، فقولان . ويقال : وجهان . أحدهما : لا ضمان ، لأن المالك سلطه عليه ، فصار كما لو باعه أو أقرضه وأقبضه فأتلفه ، فلا ضمان قطعاً . وأظهرهما : يضمن ، كما لو أتلف مال غيره من غير استحفاظ ، ولا تسليط على

---

(١) لم يصرح الشيخ بترجيح ، ورجح الرافعي في الشرح الصغير مقالة البغوي . قال في الخادم : ويؤيده ما جزم به الرافعي في الكلام على قبض المبيع لو جاء البائع بالمبيع فقال المشتري : ضعه فوضعه حصل القبض .

(٢) قضية التصوير أن تكون الوديعة للصبي .
قال الأذرعي : قال الدارمي : لو أودع مراهق رجلاً وديعة لغيره ضمنها المودع وإن كانت للصبي فأخذها ليحفظها ضمن وإن أخذها ليعطيها الحاكم أو وليه فوجهان وإن ردها إليه ضمن جزماً ، والظاهر أنه لو علم أنها لغيره وأنه استولى عليها بغير اذنه فأخذها منه ليردها على المالك أنه يجري فيها الخلاف في الأخذ من الغاصب للرد والأصح المنع ، وإذا جوزنا الأخذ للرد فادعى ذلك ونازعه الولي أو المالك وقال ، بل أخذتها منه للحفظ هل يصدق فيه نظر وهذا النزاع إنما يجيء عند التلف أو النقص أو في طلب الأجرة إذا مضى زمن لمثله أجرة .

الاتلاف[١] هنا ، بخلاف البيع والقرض . ولو أودع ماله عند عبد فتلف عنده ، فلا ضمان . وإن أتلفه ، فهل يتعلق الضمان برقبته كما لو أتلف ابتداءً ، أم بذمته كما لو باعه ؟ فيه الخلاف المذكور في الصبي . وإيداع السفيه والايـداع عنده ، كـايداع الصبي والايداع عنده .

فرع استنبطوه من الخلاف المذكـور في الصبي والعبد أصـلاً في الباب : وهو أن الوديعة عقد برأسه ، أم إذن مجرد ؟ إن قلنا : عقد ، لم يضمنه الصبي ، ولم يتعلق برقبة العبد . وإن قلنا : إذن ، فالبعكس . وخرجوا عليه ولـد الجارية المودعة ، ونتاج البهيمة . إن قلنا : عقد ، فالولد وديعة كالأم ، وإلاّ ، فليس بوديعة ، بل أمانة شرعية في يده يجب ردُّها في الحال ، حتى لو لم يؤد مع التمكن ، ضمن على الأصح ، كذا قاله البغوي . وقال المتولي : عقد ، لم يكن وديعة ، بل أمانة ، اعتباراً بعقد الرهن والاجارة ، وإلاّ ، يتعدَّى حكم الأم إلى الولد كالأضحية ، أم لا كالعارية ؟ وجهان ، والموافق لاطلاق الجمهور كون الوديعة عقداً[٢] .

---

(١) ما رجحه الشيخ هو المعتمد لكنه قال بعد ذلك إن قلنا الوديعة عقد لم يضمن الصبي أو مجرد ائتمان ضمن . وقضية ذلك أنه لا ضمان لأن الأصح أنها عقد .
قال في القوت : والظاهر أن الخلاف فيما إذا أودعه المطلق التصرف ماله ، فإن كانت لغيره دخلت في ضمانه بالاستيلاء كما لو أودعه صبي أو مجنون أو سفيه محجور عليه أو غاصب ونحوه . ولا شك في ضمانه بالاتلاف ، والحالة هذه وخصص بعضهم الخلاف في صورة الكتاب بغير القتل . أما لو كان عبداً فقتله ضمنه بلا خلاف . قال ـ أعني صاحب القوت ـ : إن صح هذا جاء مثله في البغل والحمار وكل ما لا يؤكل لحمه من الحيوان . وقال الشيخ جلال الدين البلقيني : لو أودع صبياً مالاً ثم إن الصبي رد عليه عين ذلك في صباه كان ذلك مبرئاً للصبي ، ولو أنكر المالك لا يحلف الصبي في حال صباه بل ينتظر بلوغه ولو ادعى بعد بلوغه الرد عليه أو التلف عنده على حكم الأمانة فالقول قوله مع يمينه ، وكذلك لو ادعى تلفه عنده قبل بلوغه لا يحلف بل ينتظر كما تقدم .

(٢) قضية هذا البناء ترجيح عدم التضمين في إتلاف الصبي والسفيه وأنه لا يتعلق الضمـان برقبة العبد لكن سبق من الشيخ قريباً ترجيح الضمان في الصبي إذا تلف . وقال أيضاً : وإيداع السفيه والإيداع عنده كايداع الصبي والايداع عنده .
وقال الشيخ الامام البلقيني : هذا الاستنباط غير مسلم ، فإنا إذا قلنا أن الوديعة عقد برأسها لم يلزمه من ذلك أنه إذا أتلف العبد أو الصبي الوديعة أن لا يضمناها لأنه يمكن أن يكون عقداً بنفسها ، والضمان يتوجه إلى من أتلفها من صبي أو عبد ، وإذا قلنا : ان الوديعة إذن مجرد فإنه لا يضمن الصبي والعبد لأنه يمكن أن يكون إذناً مجرداً ولا ضمان على المتلف من صبي أو عبد .
فإن قيل إذا قلنا انها مجرد إذن واستحفاظ فليس فيها تسليط على الاتلاف . قلنا : وكذلك إذا قلنا أنها =

فصل في أحكام الوديعة : وهي ثلاثة .

أحدها : الجواز من الجانبين ، وتنفسخ بموت أحدهما أو جنونه أو إغمائه[١] . ولو عزل المودع نفسه ، ففي انعزاله وجهان ، بناءً على أن الوديعة إذن ، أم عقد ؟ إن قلنا : إذن ، فالعزل لغو كما لو أذن للضيفان في أكل طعامه ، فقال بعضهم : عزلت نفسي ، يلغو قوله ، وله الأكل بالاذن السابق . فعلى هذا ، تبقى الوديعة بحالها . وإن قلنا : عقد ، انفسخت وبقي المال في يده أمانة شرعية ، كالريح تطير الثوب إلى داره ، فعليه الرد عند التمكن وإن لم يطلب على الأصح . فإن لم يفعل ، ضمن[٢] .

الثاني[٣] : أنها أمانة ، فلا يضمن إلا عند التقصير ، وأسباب التقصير تسعة .

أحدها : أن يودعها المودع عند غيره بلا عذر من غير إذن المالك ، فيضمن ، سواء أودع عند عبده وزوجته وابنه ، أو أجنبي . والكلام في تضمين المالك المودع الثاني قد سبق في بابي الرهن والغصب[٤] . وإن أودعها عند القاضي ، فوجهان ـ

= عقد برأسها فإنه ليس فيها تسليط على الاتلاف . ثم قال : هذا الاستنباط لم يذكره الشافعي ولا أحد من الأصحاب في الطريقين إلا البغوي في تهذيبه ومن تبعه وفي التتمة نحوه وهو استنباط مردود بما كتبناه على الحاشية انتهى وقال الأذرعي : إن القاضي الحسين ذكره وأتباعه .
قال : وما قاله هو الموجود للأصحاب . انتهى ما أردته منه .
وقال الشيخ أيضاً قوله تبعاً لأصله وخرجوا على الخلاف ولد الجارية المودعة ونتاج البهيمة إلى آخره ممنوع .

(١) قال الشيخ جلال الدين البلقيني : وكذا الحجر عليه بالسفه . صرح به الماوردي وهو ظاهر ويلزم مثله في الوكالة .

(٢) لم يرجح الشيخ شيئاً لكن الشيخ في شرح المهذب اقتضى كلامه أن الأرجح الانعزال فإنه حكى في باب الخيار وجهين عزاهما للروياني .
أحدهما : لا يصح .
والثاني : يصح . ثم قال الشيخ : جزم القاضي أبو الطيب في تعليقه وصاحب الشامل وغيرهما في هذا الموضع بصحة فسخ الوديعة في غيبة المالك إلى آخر ما ذكره .

(٣) في ط الحكم الثاني .

(٤) قال في الخادم : هذا مع زوال يده أما لو استعان بعبده وولده وزوجته ويده عليها جاز ، والمتبع فيه العرف فالملوك والأمراء أموالهم في خزائنهم بأيدي خزانهم ، والعرف قاض بها . انتهى .
وقال الشيخ جلال الدين البلقيني : الذي في باب الرهن أنه عند العلم بالغصب لكن العلم بالغصب ظاهره أن يكون بأن يعلم أنه مغصوب فلو علم أنه وديعة عنده وظن أن للمودع الايداع فهل هذا جهل =

سواء كان المالك حاضراً أو غائباً ـ أصحهما عند الجمهور : يضمن . فإن جوزنا الدفع إلى القاضي ، لم يجب عليه القبول إن كان المالك حاضراً والدفع عليه متيسراً ، وإن لم يكن كذلك ، لزمه القبول على الأصح ، لأنه نائب الغائبين . وإذا حمل الغاصب المغصوب إلى القاضي ، ففي وجوب القبول الوجهان ، لكن هذا أولى بالمنع ليبقى مضموناً للمالك . ومن عليه دين لو حمله إلى القاضي ، نظر ، إن كان بحيث لا يجب على المالك قبوله ، فالقاضي أولى ، وإلا فوجهان وأولى بالمنع وهو الأصح ، لأن الدين في الذمة لا يتعرض للتلف ، وإذا تعين ، تعرض له . وجميع ما ذكرناه هو فيما إذا استحفظ غيره وأزال يده ونظره عن الوديعة . أما إذا استعان به في حملها إلى الحرز ، فلا بأس ، كما لو استعان في سقي البهيمة وعلفها . قال القفال : وكذا لو كانت خزانته وخزانة ابنه واحدة فدفعها إلى ابنه ليضعها في الخزانة . وذكر الامام أن المودع إذا أراد الخروج لحاجاته ، فاستحفظ من يثق به من متصليه ، وكان يلاحظ المخزن في عوداته ، فلا بأس وإن فوض الحفظ إلى بعضهم ، ولم يلاحظ الوديعة أصلاً ، ففيه تردد . وإن كان المخزن خارجاً عن داره التي يأوي إليها ، وكان لا يلاحظه ، فالظاهر تضمينه .

فرع : هذا الذي ذكرناه ، إذا لم يكن عذر . فإن كان ، بأن أراد سفراً ، فينبغي أن يردها إلى مالكها أو وكيله . فإن تعذر وصوله إليهما ، دفعها إلى القاضي ، وعليه قبولها . فإن لم يجد قاضياً ، دفعها إلى أمين ، ولا يكلف تأخير السفر . فإن ترك هذا الترتيب فدفعها إلى الحاكم أو أمين مع إمكان الدفع إلى المالك أو وكيله ، ضمن ، ويجيء في هذا الخلاف السابق . وإن دفع إلى أمين مع القدرة على الحاكم ، ضمن على المذهب[1] . ولو دفن الوديعة عند سفره ، ضمن إن دفنها في

= بالغصب حتى لا يستقر عليه أم هو علم بالتعدي لأن هذا جهل الحكم وجاهل الحكم لا يعذر لم أر من ذكر ذلك والأظهر الثاني .

(١) الترجيح من عند الشيخ ، وعبارة الرافعي وجهان :
أحدهما : وبه قال ابن خيران والإصطخري يضمن .
والثاني : وبه قال الشيخ أبو اسحاق ، وذكر الروياني أنه ظاهر المذهب لكن الشيخ أبا حامد رجح الأول وبه قال البغوي وغيره ، وقد يعبر عن الخلاف بالقولين لأن الشافعي قال فيما إذا أراد العدل رد الرهن يعني إلى عدل بغير إذن الحاكم ضمن إلى آخر ما ذكره. نعم الرافعي في الشرح الصغير رجح =

غير حرز . أو في حرز ولم يُعلم بها أميناً ، أو أعلمه حيث لا يجوز الايداع عند الأمين ، أو حيث يجوز إلاّ أن الذي أعلمه لا يسكن الموضع . فإن سكنه ، لم يضمن على الأصح . كذا فصَّله الجمهور ، وجعل الامام في معنى السكنى ، أن يراقبها من الجوانب ، أو من فوق مراقبة الحارس[1] . وقيل : إن الاعلام كالايداع سواء سكن الموضع ، أم لا . ونقل صاحب « المعتمد » وغيره وجهين ، في أن سبيل هذا الاعلام سبيل الاشهاد ، أم الائتمان ؟ أصحهما : الثاني . فعلى الأول ، لا بد من إعلام رجلين ، أو رجل وامرأتين . وكما يجوز الايداع بعذر السفر كما تبين ، فكذا سائر الأعذار ، كما إذا وقع في البقعة حريق أو نهب أو غارة ، أو خاف الغرق ، وليكن في معناها إذا أشرف الحرز على الخراب ولم يجد حرزاً ينقلها إليه .

السبب الثاني : السفر بها ، فإذا أودع حاضراً ، لم يجز أن يسافر بها ، فإن فعل ، ضمن . وقيل : لا يضمن إذا كان الطريق آمناً ، أو سافر في البحر والغالب فيه السلامة ، والصحيح الأول . ولو سافر بها لعذر ، بأن جلا أهل البلد ، أو وقع حريق ، أو غارة ، فلا ضمان بشرط أن يعجز عن ردها إلى المالك ووكيله والحاكم وعن ايداع أمين ، ويلزمه السفر بها في هذه الحالة ، وإلاّ ، فهو مضيّع . ولو عزم

= التضمين وقول الامام الرافعي ان الشيخ أبا حامد رجح الأول ـ يعني الضمان ـ لعل النقل عن الشيخ أبي حامد مختلف ، والذي في الشامل نقلاً عنه أنه صحح في التعليق عدم الضمان ونقله عنه أيضاً كذلك في البيان .

(١) قال في الخادم : هذا الذي حكاه عن الامام فيه خلل وكأنه من جهة النسخة التي وقف عليها من الرافعي أو زلَّ نظره من سطر إلى آخر . قال العلامة نجم الدين بن الرفعة ، والذي رأيته في النهاية أن بعض الأئمة أطلق الاكتفاء باطلاع الأمين مع كون الموضوع حرزاً . وحكى عن أئمة العراق اختيار سكن الدار واستحسنه ثم قال . ولست أرى ذلك خلافاً بين الطرق والاطلاع الذي ذكره غير العراقيين محمول على ما ذكره العراقيون ولكنهم بينوه وفصلوه ، والذي يوضح ذلك أن الموضع إذا لم يكن تحت يد المطلع فلا يكون محفوظاً وغايته أنه لو فرض الدفن في دار فيها سكان المطلع لا يدخلها ولكن يرعاها من فوق رعاية الحارس أو من الجوانب فلا يكاد يصل إلى الغرض وإن أحاطت بالدار حياطته وعينها من الجوانب رعايته فهذه اليد التي تليق بالوديعة وهي التي عناه العراقيون . انتهى وما نقله عن العراقيون صحيح ويؤيده قول سليم وقد يمنع الشرط أن تكون يده على ذلك الموضع . ومن صرح بالسكنى جرى على ظاهر النص في الأم فإن دفنها ولم يخلف في المنزل أحداً يحفظه فهلكت ضمن .

على السفر في وقت السلامة ، وعجز عن المالك ووكيله ، والحاكم ، والأمين ، فسافر بها ، لم يضمن على الأصح عند الجمهور ، لئلا ينقطع عن مصالحه وينفّر الناس عن قبول الودائع . وشرط الجواز ، أن يكون الطريق آمناً ، وإلا ، فيضمن ، وهذا ظاهر في مسألة الوجهين . فأما عند الحريق ونحوه ، فكان يجوز أن يقال : إذا كان احتمال الهلاك في الحضر أقرب منه في السفر ، فله السفر بها . قال في « الرقم » : وإذا كان الطريق آمناً ، فحدث خوف ، ولو هجم قطّاع الطريق ، فألقى المال في مضيعة إخفاءً له فضاع ، ضمن[١] .

فرع : إذا أودع مسافراً ، فسافر بالوديعة ، أو منتجعاً ، فانتجع بها ، فلا ضمان ، لأن المالك رضي حين أودعه .

السبب الثالث : ترك الايصاء ، فإذا مرض المودع مرضاً مخوفاً ، أو حبس للقتل ، لزمه أن يوصيَ بها . فإن سكت عنها ، ضمن لأنه عرّضها للفوات ، إذ الوارث يعتمد ظاهر اليد ويدعيها لنفسه . والمراد بالوصية : الاعلام والأمر بالرد من غير أن يخرجها من يده ، وهو مخير في هذه الحالة بين الايداع والاقتصار على الاعلام والأمر بالردّ . ثم يشترط في الوصية بها أمور .

أحدها : أن يعجز عن الرد إلى المالك أو وكيله ، وحينئذٍ يودع عند الحاكم أو يوصي إليه . فإن عجز ، فيودع عند أمين ، أو يوصي إليه . كذا رتب الجمهور ، كما إذا أراد السفر . وفي « التهذيب » : أنه يكفيه الوصية وإن أمكن الرد إلى المالك ، لأنه لا يدري متى يموت .

الثاني : أن يوصيَ إلى أمين . فإذا أوصى إلى فاسق ، كان كما لو لم يوص ، فيضمن[٢] ولا بأس بأن يوصيَ إلى بعض ورثته ، وكذا الايداع حيث يجوز أن يودع أميناً .

---

(١) وكذا أجاب به أبو بكر الشاشي في فتاويه أنه لو دفنه خوفاً من القطاع عند إقبالهم فلما انكشفوا أضل موضعه ضمن وكان وجهه أنها ضاعت بفعله وأنه مقصر بإضلال مظانها ويشهد له ما سيأتي أنه لو ضاعت بنسيان ضمنها في الأصح وهو مشكل على مقالته هنا في « الرقم » .

(٢) قال الماوردي : وسواء علم فسقه أم لا لأن العمد والخطأ في ضمان الأحوال سواء وينبغي أن يكون الحكم بالضمان من حين الموت ومن حين يضع الفاسق يده إن اتفق وضعها قبل الموت .

الثالث : أن يبيّن الوديعة ويميزها من غيرها باشارة إليها ، أو ببيان جنسها وصفتها . فلو لم يبين الجنس ، بل قال : عندي وديعة ، فهو كما لو لم يوص .

فرع : لو ذكر الجنس فقال : عندي ثوب لفلان ، نظر إن لم يوجد في تركته ثوب ، فهل يضمن ؟ وجهان . أصحهما عند جماهير الأصحاب : يضمن ، لتقصيره في البيان ، فيضارب صاحب الوديعة بقيمتها مع الغرباء . وإن وجد في تركته أثواب ، ضمن قطعاً ، لأنه إذا لم يميز ، فكأنه خلط الوديعة . وإن وجد ثوب واحد ، ضمن أيضاً على الأصح ، ولا يدفع إليه الثوب الموجود . وقيل : يتعين الثوب الموجود ، وبه قطع البغوي والمتولي . وفي أصل المسألة وجه : أنه إنما يضمن إذا قال : عندي ثوب لفلان وذكر معه ما يقتضي الضمان . فأما إذا اقتصر عليه ، فلا ضمان .

فرع : قال الامام : إذا لم يوص أصلاً ، فادعى صاحب الوديعة أنه قصر ، وقال الورثة : لعلها تلفت قبل أن ينسب إلى التقصير ، فالظاهر براءة الذمة[1] .

---

(١) تعقبه الشيخ البلقيني وصاحبه الزركشي وأطال الزركشي فأحببت عبارته لما فيها من الايضاح الذي زاده على شيخه البلقيني فقال : هذا الذي نقله عن الامام ليس في النهاية وكأنه طالع أول كلام الامام دون آخره فحصل الخلل والذي في النهاية ولو مات ولم يوص فادعى المودع التقصير بترك الايصاء فيها فقال الورثة : لعله لم يوص لتلف الوديعة على حكم الأمانة في يده فاعترفوا بأصل الايداع وادعوا ما ذكرناه ، فهذه المسألة مترددة في الضمان وإذا كان أبو اسحاق يرى نفي الضمان حيث لم يصادف الوديعة في التركة بعد الاقرار بها قبل الايصاء فلا شك أنه ينفي الضمان في الصورة التي ذكرناها آخراً وهي ادعاء التلف ، وحمل ترك الايصاء عليه ، ومن أوجب الضمان ، وخالف أبا اسحاق فقد توجب الضمان هنا ونفي الضمان هنا أولى ، ثم إن ادعى الورثة التلف فالأمر على ما ذكرنا ، وإن قالوا عرفنا الايداع ولكن لا ندري كيف كان الأمر ونحن نجوز أنها تلفت على حكم الأمانة فلم يوص لأجل ذلك ولا تثبت في ذلك قولاً ، فإن ضمناهم حيث يجزمون بدعوى التلف فها هنا أولى وإلا فوجهان أصحهما أن الضمان يجب لأنهم لم يذكروا مسقطاً ولم يدعوه . انتهى .

وحاصله صورتان : إحداهما : أن تجزم الورثة بدعوى التلف قبل أن ينسب إلى تقصير بترك الوصية ، ورتبه على الخلاف بين أبي إسحاق وغيره وأن الاولى عدم الضمان وعلى هذا فلهم الحلف على ذلك .

والثانية : إذا لم يجزموا بدعوى التلف لكن قالوا لعلها تلفت قبل أن ينسب إلى تقصير وصح فيها الضمان . فنقل الرافعي عنه في هذه ترجيح عدم الضمان مردود وترجيح للامام الضمان فيها مشكل لأن الأصل براءة الذمة فكيف يضمن بالشك ، وقد قال الامام في موضع آخر : إن الوديعة في يد الوارث كثوب طيرته الريح .

=

فرع : جميع ما ذكرناه إذا تمكنَ من الايداع ، أو الوصية ، فإن لم يتمكن ، بأن قتل غيلة ، أو مات فجأة ، فلا ضمان(١) .

فرع : إذا مات ولم يذكر أن عنده وديعة ، فوجد في تركته كيس مختوم ، أو غير مختوم مكتوب عليه : وديعة فلان ، أو وجد في جريدته : لفلان عندي كذا وديعة ، لم يلزم الورثة التسليم بهذا لاحتمال أنه كتب هو أو غيره تلبيساً ، أو اشترى الكيس وعليه الكتابة فلم يمحها ، أو رَدَّ الوديعة بعد كتابتها في الجريدة ولم يمحها ، وإنما يلزم التسليم ، بإقراره أو إقرار المورث ووصيّة أو بيِّنة .

السبب الرابع : نقلها ، فإذا أودعه في قرية ، فنقل الوديعة إلى قرية أُخرى ، فإن كان بينهما مسافة القصر ، ضمن ، وكذا إن كان بينهما ما يسمى سفراً على الصحيح . وإن لم يسم سفراً ، ضمن إن كان فيها خوف ، أو كانت المنقول عنها أحرز ، وإلا ، فلا على الأصح . وحيث منعنا النقل ، فذاك إذا لم يكون ضرورة . فإن وقعت ضرورة ، فكما ذكرنا في المسافرة . وإذا أراد الانتقال بلا ضرورة ، فالطريق ما سبق فيما إذا أراد السفر . والنقل من محلة إلى محلة ، أو من دار إلى دار ، كالنقل من قرية إلى قرية متصلتي العمارة ، فإن كانت المنقول عنها أحرز ، ضمن ، وإلا ، فلا . ولو نقل من بيت إلى بيت في دار واحدة ، أو خان واحد ، فلا ضمان . وإن كان الأول أحرز منهما ، كان الثاني حرزاً أيضاً ، قاله البغوي(٢) . وجميع مسائل الفصل فيما إذا أطلق الايداع ، فأما إذا أمر بالحفظ في موضع

= وأما الأُولى فقد تعرض لها الرافعي آخر الباب ، وحكي عن المتولي أنهم إذا جزموا بدعوى التلف في يده لا تقبل إلا بالبينة ، وعن البغوي التصديق وقال ، إنه الوجه فتفطن لذلك ، وإذا قلنا : لا ضمان فهل معناه لا ضمان أصلاً ولا ضمان عدوان بسبب ترك الايصاء ويجري في ضمان الفقد الخلاف السابق فيه نظر ولم يصرح الامام فيه بشيء وهو محتمل .

(١) قال في الخادم : أطلق المسألة وعليه قيدان :

أحدهما : أن تتلف بعد الموت فجأة ففي هذه الحالة يتجه القطع بنفي الضمان دون ما إذا تلفت قبله .

الثاني : وفيه نظر فتركته . (قاله البكري) .

(٢) ونقل الامام الاتفاق عليه وزاد ما لحق المحلة بالمحلة بذلك فقال : ولا يخفى أن النقل من بيت إلى بيت ومن دار إلى دار ومن محلة إلى محلة في بلد واحد جاز وليس كالمسافرة ، وهذا متفق عليه . انتهى .

معين[١] ، فسنذكره إن شاء الله تعالى .

السبب الخامس : التقصير في دفع المُهْلكات ، فيجب على المودع دفع المهلكات على المعتاد . فلو أودعه ، فله أحوال .

أحدها : أن يأمره بالعلف والسقي ، فعليه رعاية المأمور . فإن امتنع حتى مضت مدة يموت مثلها في مثلها ، فإن ماتت ، ضمنها ، وإلا ، فقد دخلت في ضمانه . وإن نقصت ، ضمن نصفها . وتختلف المدة باختلاف الحيوانات . وإن ماتت قبل مضي هذه المدة ، لم يضمن إن لم يكن بها جوع وعطش سابق . وإن كان وهو عالم به ، ضمن ، وإلاّ ، فلا على الأصح . فإن ضمناه ، فيضمن الجميع ، أم بالقسط ؟ وجهان ، كما لو استأجر بهيمة فحمّلها أكثر مما شرط .

الثانية : أن ينهاه عن العلف والسقي ، فيعصي إن ضيَّعها لحرمة الروح . والصحيح الذي قاله الجمهور ، أنه لا ضمان ، وضمنه الاصطخري .

الثالثة : أن لا يأمره ولا ينهاه ، فيلزم القيام بهما ، لأنه التزم حفظها . ثم الكلام في أمرين .

أحدهما : المودع لا يلزمه العلف من ماله ، فإن دفع إليه المالك علفها ، فذاك . ولو قال : اعلفها من مالك ، فهو كقوله : اقض ديني . والأصح الرجوع عليه . فإن لم يذكر شيئاً ، راجع المالك أو وكيله ليستردها ، أو يعطي علفها . فإن لم يظفر بهما ، رفع الأمر إلى الحاكم ليقترض عليه ، أو يبيع جزءاً منها ، أو يؤجرها ويصرف الأجرة في مؤنتها . والقول فيه وفي تفاريعه ، كما سبق في هرب الجمال وعلف الضالة ، ونفقة اللقيط ونحوها .

الأمر الثاني : إن علفها وسقاها في داره ، أو اصطبله ، حيث تعلف وتسقى دوابه ، فقد وفى بالحفظ . وإن أخرجها من الموضع ، فإن كان يفعل كذلك مع دوابه لضيق وغيره ، فلا ضمان . وإن كان ليسقيَ دوابه فيه . فقد قال الشافعي رضي الله عنه في « المختصر » : وإن أخرجها إلى غير داره وهو يسقي في داره ، ضمن . وقال

(١) والامام جعل هذا فيما إذا عين له بيتاً ولم يصرح بالنهي عن النقل فيه .

الاصطخري بظاهره وأطلق وجوب الضمان . وقالت طائفة . هذا إذا كان الموضع أحرز . فإن تساويا ، فلا ضمان . وقال أبو اسحاق وآخرون : هذا إذا كان في الاخراج خوف . فإن لم يكن ، لم يضمن ، لاطراد العادة ، وهذا هو الأصح . ثم إن تولى السقي والعلف بنفسه ـ أو أمر به صاحبه وغلامه وهو حاضر لم تزل يده ـ فذاك ، وإن بعثها على يد صاحبه ليسقيَها ، أو أمره بعلفها وأخرجها من يده ، فإن لم يكن صاحبها أميناً ، ضمن ، وإلا ، فلا على الأصح ، للعادة . قال في « الوسيط » : والوجهان فيمن يتولى بنفسه في العادة ، فأما غيره ، فلا يضمن قطعاً .

فرع : إذا كان النهي عن العلف لعلة تقتضيه ، كالقولنج ، فعلفها قبل زوال العلة فماتت ، ضمن .

فرع : العبد المودَع ، كالبهيمة في الأحوال المذكورة . ولو أودعه نخيلاً ، فوجهان . أحدهما : سقيها كسقي الدابة . والثاني : لا يضمن بترك السقي إذا لم يأمره به[1] .

فرع : ثياب الصوف التي يفسدها الدود ، يجب على المودع نشرها وتعريضها للريح بل يلزمه لبسها إذا لم يندفع إلّا بأن تلبس وتعبق بها رائحة الآدمي ، فإن لم يفعل ففسدت ، ضمن ، سواء أمره المالك أو سكت . فإن نهاه عنه ، فامتنع حتى فسدت ، كره ولا يضمن . وأشار في « التتمة » إلى أنه يجيء فيه وجه الاصطخري[2] ولو كان الثوب في صندوق مقفل ، ففتح القفل ليخرجه وينشره ، قال البغوي : لا يضمن على الأصح . هذا كله إذا علم المودع . فإن لم يعلم ، بأن كان

---

(١) سكت عن الترجيح .
قال في الخادم : وقياس نظائر ترجيح الثاني ، والفرق حرمة الروح ، وقد رأيت الجزم به في باب بيع الأصول والثمار من تعليقة ابن أبي هريرة ثم ساق لفظه . قال : سكت الرافعي عن الطعام كما لو كانت الوديعة حنطة يخاف عليها السوس أو تمراً يخاف عليه الدود ، وفي «أدب القضاء للدبيلي أنه يرفع الأمر إلى الحاكم ليفعل ما يراه لئلا يفسد كما قلنا في الحيوان غير أن على الحاكم الانفاق على الحيوان من مال المودع ، وليس كذلك الطعام .
ثم قال : وفيه نظر بل الظاهر حفظ مال الغائب بطريقه حيواناً كان أو غيره .

(١) وهذه الاشارة صرح بها الدبيلي في أدب القضاء فحكى الوجه فيما إذا قال احرق ثوبي أو افسد متاعي أنه يجب الضمان لكن كلام القاضي أبي الطيب في المجرد مخالفته .

في صندوق أو كيس مشدود ولم يُعلمه المالك ، فلا ضمان[١] .

السبب الثاني : الانتفاع ، فالتعدي باستعمال الوديعة والانتفاع بها ، كلبس الثوب ، وركوب الدابة ، خيانة مضمنة . فإن كان هناك عذر ، بأن لبس لدفع الدود كما سبق ، أو ركب الدابة حيث يجوز إخراجها للسقي وكانت لا تنقاد إلّا بالركوب ، فلا ضمان . وإن انقادت من غير ركوب فركب ، ضمن . ولو أخذ الدراهم ليصرفها إلى حاجته ، أو الثوب ليلبسه ، أو أخرج الدابة ليركبها ، ثم لم يستعمل ، ضمن ، لأن الاخراج على هذا القصد خيانة . ولو نوى الأخذ لنفسه فلم يأخذ ، لم يضمن على الصحيح وقول الأكثرين ، وضمنه ابن سريج . ويجري الخلاف ، فيما لو نوى أن لا يرد الوديعة بعد طلب المالك . وقيل : يضمن هنا قطعاً ، لأنه يصير ممسكاً لنفسه ، قاله القاضي أبو حامد والماوردي . ويجري الوجهان ، فيما إذا كان الثوب في صندوق غير مقفل فرفع رأسه ليأخذ الثوب ويلبسه ، ثم بدا له . ولو كان الصندوق مقفلاً والكيس مختوماً ، ففتح القفل وفض الختم ولم يأخذ ما فيه ، فوجهان . أحدهما : لا يضمن ما فيه ، وإنما يضمن الختم الذي تصرف فيه . وأصحهما : يضمن ما فيه ، لأنه هتك الحرز . وعلى هذا ، ففي ضمان الكيس والصندوق وجهان ، لأنه لم يقصد الخيانة في الظرف . ولو خرق الكيس [نظر ، إن كان الخرق][٢] تحت موضع الختم ، فهو كفض الختم . وإن كان فوقه ، لم يضمن إلّا نقصان الخرق[٣] . ولو أودعه شيئاً مدفوناً فنبشه ، فهو كفض الختم ولا يلتحق بالفض وفتح القفل حلُّ الخيط الذي يشد به رأس الكيس ، أو رزمة الثياب ، لأن القصد منه المنع من الانتشار ، لا أن يكون مكتوماً عنه . وعن « الحاوي » وجهان فيما إذا كانت عنده دراهم فوزنها ـ أودِعها ـ أو ثياب فذرعها ليعرف طولها ، أنه هل يضمن ؟ ويشبه أن يجيء هذا الخلاف في حل الشدِّ .

قلت : ليس هو مثله . والله أعلم .

---

(١) وكأنهم نزلوا القفل عليه منزلة النهي عن نشره وكلام الكافي يشير إلى ذلك فإنه جزم بأنه الوتركه في الصندوق حتى فسد لم يضمن .

(٢) سقط في الأصل والمثبت من ط .

(٣) قال في الخادم : هذا التفصيل ذكره العراقيون ومحله إذا لم يرفعه من الأرض ، فإن رفعه بنية الخيانة ضمن بذلك ولزمه أرش نقص الكيس مطلقاً . انتهى ما أردته منه .

فرع : إذا صارت الوديعة مضمونة على المودع بانتفاع أو إخراج من الحرز أو غيرهما من وجوه التقصير ، ثم ترك الخيانة ورد الوديعة إلى مكانها ، لم يبرأ ولم تعُد أمانته . فلو ردها إلى المالك ثم أودعه ثانياً ، فلا شك في عود أمانته . فلو لم يردها ، بل أحدث له المالك استئماناً فقال : أذنت لك في حفظها ، أو أودعتكها ، أو استأمنتك ، أو أبرأتك من الضمان ، فوجهان . ويجوز أن يقال : قولان . أصحهما : يصير أميناً ويبرأ . ولو قال في الابتداء : أودعتك ، فإن خنتَ ثم تركتَ الخيانة ، عدتَ أميناً لي ، فخان ثم ترك الخيانة ، قال المتولي : لا يعود أميناً بلا خلاف ، لأنه اسقاط ما لم يجب ، وتعليق للوديعة .

فرع : قال : خذ هذه وديعة يوماً ، وغير وديعة يوماً ، فهو وديعة أبداً . ولو قال : وديعة يوماً ، وعارية يوماً ، فهو وديعة في اليوم الأول ، وعارية في اليوم الثاني ، ثم لا تعود وديعة أبداً ، حكاه الروياني في كتابه « البحر » عن اتفاق الأصحاب[1] .

فصل : إذا خلط الوديعة بمال نفسه ، وفقد التمييز ، ضمن ، وإن خلطها بمال آخر للمالك ، ضمن أيضاً على الأصح ، لأنه خيانة . ولو أودعه دراهم فأنفق منها درهماً ، ثم رد مثله إلى موضعه ، لا يبرأ من ضمانه ، ولا يملكه المالك إلّا بالدفع إليه[2] ، ثم إن كان المردود غير متميز عن الباقي ، صار الجميع مضموناً ، لخلطه الوديعة بمال نفسه[3] ، فإن تميز ، فالباقي غير مضمون ، وإن لم ينفق الدرهم المأخوذ ، وردّه بعينه ، لم يبرأ من ضمان ذلك الدرهم ، ولا يصير الباقي مضموناً عليه إن تميز ذلك الدرهم عن غيره ، وإلا ، فوجهان . ويقال : قولان . أحدهما : يصير الباقي مضموناً لخلطه المضمون بغيره . وأصحهما : لا ، لأن هذا الخلط كان حاصلاً قبل الأخذ . فعلى هذا ، لو كانت الجملة عشرة فتلفت ، لم يلزمه إلّا درهم ، ولو تلفت خمسة ، لزمه نصف درهم . هذا كله إذا لم يكن على الدراهم

---

(١) وكان ينبغي تخريج الثانية على الخلاف في أن الواو تقتضي الترتيب أم لا ؟

(٢) فعلم منه أنه لا يبرأ إذا أذن له المالك بالرد إلى موضعه ووجهه أنه لم يوجد إقباض فيحتج بل طريقه أن يقبضه ثم يقبضه منه .

(٣) لم يبين مضموناً بماذا أو مراده ضمان المغصوب لتعديه ، فعلى هذا انتقل الحق للذمة ويملكه .

ختم ولا قفل ، أو كان وقلنا : مجرد الفتح والفض لا يقتضي الضمان . أما إذا قلنا : يقتضيه وهو الأصح ، فالبفض والفتح يضمن الجميع .

فرع : إذا أتلف بعض الوديعة ، ولم يكن له اتصال بالباقي ، كأحد الثوبين ، لم يضمن إلّا المتلف . وإن كان له اتصال ، كتخريق الثوب ، وقطع طرف العبد والبهيمة ، نظر إن كان عاملاً ، فهو جانٍ على الكل ، فيضمن الجميع . وإن كان مخطئاً ، ضمن المتلف ، ولا يضمن الباقي على الأصح .

السبب السابع : المخالفة في الحفظ . فإذا أمره بحفظها على وجه مخصوص ، فعدل إلى وجه آخر وتلفت ، فإن كان التلف بسبب الجهة المعدول إليها ، ضمن ، وكانت المخالفة تقصيراً . وإن تلفت بسبب آخر ، فلا ضمان .

هذه جملة السبب ، ولتفصيلها صور .

إحداها : أودعه مالاً في صندوق وقال : لا ترقد ، فرقد عليه ، نظر ، إن خالف بالرقود ، بأن انكسر رأس الصندوق بثقله ، أو تلف ما فيه ، ضمن ، وإلّا ، فإن كان في بيت محرز ، أو في صحراء فأخذه لص ، فلا ضمان على الصحيح ، لأنه زاده خيراً . وإن كان في صحراء وأخذه لص من جانب الصندوق ، ضمن على الأصح . وإنما يظهر هذا ، إذا سرق من جانب ولو لم يرقد عليه لرقد هناك ، وقد تعرض بعضهم لهذا القيد . ولو قال : لا تقفل عليه ، فأقفل ، أو لا تقفل إلّا قفلاً ، فأقفل قفلين ، أو لا تغلق باب البيت ، فأغلقه ، فلا ضمان على الصحيح . ولو أمره بدفنها في بيته وقال : لا تبن ، فبنى ، فهو كما لو قال : لا ترقد عليه ، فرقد ، ثم هو عند الاسترداد منقوص غير مغروم على المالك ، كما لو نقل الوديعة عند الضرورة لا يرجع بالأجرة على المالك ، لأنه متطوع ، نص عليه في « عيون المسائل » .

الثانية[1] : أودعه دراهم أو غيرها وقال : اربطها في كمك ، فأمسكها ، نقل المزني : أنه لا ضمان . ونقل الربيع : أنه يضمن . وللأصحاب ثلاثة طرق . أحدها : إطلاق قولين . والثاني : أنه إن لم يربطها في الكم واقتصر على الامساك ، ضمن ، وإن أمسك باليد بعد الربط ، لم يضمن . والثالث وهو أصحها : إن تلفت

---

(١) في ط الصورة الثانية .

بأخذ غاصب ، فلا ضمان ، لأن اليد أحرز بالنسبة إليه . وإن سقطت بنوم أو نسيان ، ضمن ، لأنها لو كانت مربوطة لم تضع بهذا السبب ، فالتلف حصل بالمخالفة . ولفظ النص في « عيون المسائل » مصرح بهذا التفصيل . ولو لم يربطها في الكم وجعلها في جيبه ، لم يضمن ، لأنه أحرز ، إلاّ إذا كان واسعاً غير مزرور . وفي وجه ضعيف : يضمن ، وبالعكس يضمن قطعاً . أما إذا امتثل فربطها في كمه ، فلا يكلف معه الامساك باليد ، ثم ينظر إن جعل الخيط الرابط خارج الكم فأخذها الطرار ، ضمن ، لأن فيه إظهار الوديعة وتنبيه الطرار ، لأنه أسهل عليه في قطعه وحله . وإن ضاع بالاسترسال وانحلال العقدة ، لم يضمن إذا كان قد احتاط في الربط ، لأنها إذا انحلت بقيت الدراهم في الكم . وإن جعل الخيط الرابط داخل الكم ، انعكس الحكم . فإن أخذها الطرار ، لم يضمن . وإن ضاعت بالاسترسال ، ضمن ، لأن العقدة إذا انحلت تناثرت الدراهم ، هكذا قاله الأصحاب ، وهو مشكل ، لأن المأمور به مطلق الربط . فإذا أتى به ، وجب أن لا ينظر إلى جهات التلف ، بخلاف ما إذا عدل عن المأمور به إلى غيره فحصل به التلف .

فرع : لو أودعه دراهم في سوق أو طريق ، ولم يقل : اربطها في كمك ، ولا امسكها في يدك ، فربطها في الكم وأمسكها باليد ، فقد بالغ في الحفظ . وكذا لو جعلها في جيبه وهو ضيق ، أو واسع مزرور . فإن كان واسعاً غير مزرور ، ضمن ، لسهولة تناولها باليد . ولو أمسكها بيده ولم يربطها ، لم يضمن إن تلفت بأخذ غاصب ، ويضمن إن تلفت بغفلة أو نوم . فلو ربطها ولم يمسكها بيده ، فقياس ما سبق أن ينظر إلى كيفية الربط وجهة التلف . ولو وضعها في الكم ولم يربطها فسقطت ، فإن كانت خفيفة لا يشعر بها ، ضمن ، لتفريطه في الاحراز . وإن كانت ثقيلة يشعر بها ، لم يضمن ، ذكره في « المهذب » وقياس هذا ، يلزم طرده فيما سبق من صور الاسترسال كلها . ولو وضعها في كَوْر عمامته ولم يشد ، ضمن .

فرع : أودعه في سوق وقال : احفظها في بيتك ، فينبغي أن يمضيَ إلى بيته ويحفظها فيه . فإن أخر من غير عذر ، ضمن[1] . وإن أودعه في البيت وقال :

---

(١) كذا أطلقوه ، وفصل القاضي أبو علي الفارقي وابن عصرون ومن تبعهما فقالوا : إن كان مما عادته القعود بالسوق إلى وقت معلوم لاشتغاله بتجارة وغيرها فأخرها إلى ذلك الوقت لم يضمن ، وإن لم تجر =

احفظها في البيت فربطها في الكم وخرج بها ، صارت مضمونة عليه . وكذا لو لم يخرج بها وربطها في الكم مع امكان احرازها في الصندوق ونحوه . وإن كان ذلك لقفل تعذر فتحه ونحوه ، لم يضمن . قال في « المعتمد » : وإن شدها في عضده وخرج بها ، فإن كان الشد مما يلي الأضلاع ، لم يضمن ، لأنه أحرز من البيت ، وإن كان من الجانب الآخر ، ضمن ، لأن البيت أحرز منه . وفي تقييدهم الصورة بما إذا قال : احفظها في البيت ، إشعار بأنه لو أودعه في البيت ولم يقل شيئاً ، يجوز له أن يخرج بها مربوطة ، ويشبه أن يكون الرجوع إلى العادة .

الصورة الثالثة : إذا عين للوديعة مكاناً فقال : احفظها في هذا البيت أو في هذه الدار ، فاما أن يقتصر عليه ، وإما أن ينهاه مع ذلك عن النقل ، فإن اقتصر عليه فنقلها إلى ما دونه في الحرز ، ضمن على الصحيح وإن كان المنقول إليه حرزاً لمثلها . وإن نقلها إلى بيت مثل الأول ، لم يضمن ، إلاّ أن يتلف بسبب النقل ، كانهدام البيت المنقول إليه ، فيضمن ، لأن التلف حصل بالمخالفة . والسرقة من المنقول إليه كالانهدام ، قاله البغوي والمتولي . وفي كلام الغزالي ما يقتضي إلحاق السرقة والغصب بالموت ، وكذا صرح به بعضهم . وإن نهاه فقال : احفظ في هذا البيت ولا تنقلها ، فإن نقلها من غير ضرورة ، ضمن ، لصريح المخالفة من غير حاجة ، سواء كان المنقول إليه أحرز أو لم يكن . قال الاصطخري : إن كان أحرز من الأول أو مثله ، لم يضمن ، والصحيح الأول . وإن نقل لضرورة غارة ، أو غرق ، أو حريق ، أو غلبة لصوص ، لم يضمن وإن كان المنقول إليه حرزاً لمثلها . ولا بأس بكونه دون الأول إذا لم يجد أحرز منه . ولو ترك النقل والحالة هذه ، ضمن على الأصح ، لأن الظاهر أنه أراد بالنهي تحصيل الاحتياط . ولو قال: لا تنقلها وإن حدثت ضرورة ، فإن لم ينقلها ، لم يضمن على الصحيح[1] ، كما لو قال : أتلِفْ مالي ، فأتلفه ، لا يضمن ، وإن نقل ، لم يضمن على الأصح ، لأنه قصد الصيانة . وحيث قلنا : لا يجوز النقل إلاّ لضرورة ، فاختلفا في وقوعها ، فإن عرف هناك ما

= عادته بالقعود ولأنه وقت معلوم في المضي إلى البيت فأخرها ضمن هذا عند الاطلاق وأما إذا قال احرزها الآن في البيت فقبل وأخرها ضمن مطلقاً . انتهى .

(١) هذا إذا كان في إخراجها مصلحة ، فإن كان فيه خوف كالخوف في تركها فأخرجها فتلفت قال الصيمري في الايضاح : يلزمه ضمانها لكن نقلها والحالة هذه غير مقيد ، وقد تلفت بفعله فيلزمه الضمان .

يدعيه المودع، صدق بيمينه، وإلا، طولب بالبينة، فإن لم تكن بينة، صدق المالك بيمينه . وحكى أبو الفرج الزاز وجهاً ، أن ظاهر الحال يغنيه عن اليمين ، ثم ذكر الأئمة أن جميع هذا فيما إذا كان البيت أو الدار المعينة للمودع . أما إذا كان للمالك ، فليس للمودع إخراجها من ملكه بحال ، إلا أن تقع ضرورة .

الصورة الرابعة : إذا نقلها من ظرف إلى ظرف ، كخريطة إلى خريطة ، وصندوق إلى صندوق ، فالمتلخص من كلام الأصحاب على اضطرابه ، أنه إن لم يجر فتح قفل ولا فض ختم ولا خلط ، ولم يعين المالك ظرفاً ، فلا ضمان لمجرد النقل ، سواء كانت الصناديق للمودع أو للمالك . وإذا كانت للمالك ، فحصولها في يد المودع قد يكون بجهة كونها وديعة أيضاً . إما فارغة ، وإما مشغولة بالوديعة ، وقد تكون بجهة العارية وإن جرى شيء من ذلك ، فالفض والفتح والخلط ، سبق أنها مضمنة . وإن عين ظرفاً ، نظر ، إن كانت الظروف للمالك ، فوجهان . أحدهما : يضمن . وأصحهما : لا ، لأنهما وديعتان ، وليس فيه إلّا حفظ أحدهما في حرز والأخرى في آخر . فعلى هذا إن نقل إلى ما دون الأول ، ضمن ، وإلا ، فلا . وإن كانت الظروف للمودع ، فهي كالبيوت بلا خلاف .

الصورة الخامسة : قال : احفظ وديعتي في هذا البيت ، ولا تدخل إليها أحداً ، أو لا تستعن على حفظها بالحارسين ، فخالف ، فإن حصل التلف بسبب المخالفة ، بأن سرقها الذين أدخلهم ، أو الحارسون ، ضمن . وإن سرق غيرهم أو وقع حريق ، فلا ضمان .

الصورة السادسة : أودعه خاتماً وقال: اجعله في خنصرك، فجعله في بنصره ، فهو أحرز ، لكن لو انكسر لغلظها ، أو جعله في الأنملة العليا ، ضمن . وإن قال : اجعله في البنصر ، فجعله في الخنصر ، فإن كان لا ينتهي إلى أصل البنصر ، فالذي فعله أحرز ، ولا ضمان[1] . وإن كان ينتهي إليه ، ضمن . وإن

(١) فيه أمران :

أحدهما : قضية التقييد بالعليا أنه لا يضمن إذا جعله في الوسطى والذي أورده القاضي أبو الطيب وغيره الضمان وهو الظاهر .

الثاني : ما أطلق من عدم الضمان في جعله في الخنصر مقيد بما إذا كان يصلح للأصبعين لأن اليمين حينئذ أوثق فإن كان يصلح للخنصر ويضمن للبنصر ضمن، خرج به الجرجاني في المعاياة .

أودعه الخاتم ولم يقل شيئاً ، فإن جعله في غير الخنصر ، لم يضمن ، إلاّ أن غير الخنصر في حق المرأة كالخنصر . وإن جعله في الخنصر ، ففيه احتمالان عن القاضي حسين وغيره . أحدهما : يضمن ، لأنه استعمال . والثاني : إن قصد الحفظ ، لم يضمن . وإن قصد الاستعمال ، ضمن وفي « الرقم » للعبادي : أنه إن جعل فَصه إلى ظهر الكف ، ضمن . وإلاّ ، فلا .

قلت : المختار أنه يضمن مطلقاً ، إلا إذا قصد الحفظ . والله أعلم .

الصورة السابعة : أودعه وقال : لا تخبر بها ، فخالف ، فسرقها من أخبره ، أو من أخبره من أخبره ، ضمن . ولو تلفت بسبب آخر ، لم يضمن . وقال العبادي : لو سأله رجل فقال : هل عندك لفلان وديعة ؟ فأخبره ، ضمن ، لأن كتمها من حفظها .

السبب الثامن : التضييع ، لأن المودع مأمور بحفظها في حرز مثلها بالتحرز عن أسباب التلف . فلو أخر إحرازها مع التمكن ، أو جعلها في مضيعها ، أو في غير حرز مثلها ، ضمن . ولو جعلها في أحرز من مثلها[١] ، ثم نقلها إلى حرز مثلها ، فلا ضمان . ثم هنا صور .

الأولى[٢] : إذا أعلم بالوديعة من يصادر المالك ويأخذ أمواله ، ضمنها بخلاف ما إذا أعلمه غير المودع ، لأنه لم يلتزم الحفظ[٣] . ولو أعلم المودع اللصوص بالوديعة ، فسرقوها ، إن عين الموضع ، ضمن ، وإلا ، فلا . كذا فصله البغوي .

الثانية[٤] : ضيع بالنسيان ، ضمن على الأصح ، ويؤيده نص الشافعي رضي الله عنه في « عيون المسائل » ، أنه لو أودعه إناءً من قوارير ، فأخذه المودع بيده

---

(١) في ط حرز مثلها .

(٢) في ط الصورة الأولى .

(٣) قال في الخادم : هذا مخالف لكلام الرافعي فإنه قال : لو سعى بالوديعة إلى من يصادر المالك ويأخذ أمواله ضمنها بما إذا أخبر بذلك طوعاً ، ويشهد له ما في الحاوي في مسألة الاكراه الآتية أنه لو لم يدفعها بنفسه بل دل عليها فأخذت أن مذهب الشافعي أنه لا ضمان عليه لأن الدلالة سبب والأخذ مباشرة فصار كالمحرم إذا دل على صيد لم يضمنه وفيه وجه لبعض البصريين أنه يضمن . انتهى ما أردته منه .

(٤) في ط الصورة الثانية .

ليحرزه في منزله ، فأصابه شيء من غير فعله فانكسر ، لم يضمن ، ولو أصابه بفعله مخطئاً أو عامداً قبل أن يصل إلى البيت أو بعدما وصله ، فهو ضامن . والخطأ والنسيان يجريان مجرى واحداً ، ولأنهم قالوا : لو انتفع بوديعة ثم ادعى غلطاً وقال : ظننته ملكي ، لا يصدق مع أنه احتمال قريب ، فدل على أن الغلط لا يدفع الضمان .

الثالثة[١] : إذا أخذ الظالم الوديعة قهراً ، فلا ضمان على المودع ، كما لو سرقت منه . وإن أكرهه حتى يسلمها بنفسه ، فللمالك مطالبة الظالم بالضمان ، ولا رجوع له إذا غرم ، وله أيضاً مطالبة المودع على الأصح ، ثم يرجع على الظالم ، وهما كالوجهين في أن المكره على إتلاف مال الغير ، هل يطالب ؟ ومهما طالبه الظالم بالوديعة ، لزمه دفعه بالانكار والاخفاء والامتناع ما قدر . فإن ترك الدفع مع القدرة ، ضمن . وإن أنكر فحلفه ، جاز له أن يحلف لمصلحة حفظ الوديعة ، ثم تلزمه الكفارة على المذهب[٢] . وإن أكرهه على الحلف بطلاق أو عتاق ، فحاصله التخيير بين الحلف وبين الاعتراف والتسليم . فإن اعترف وسلم ، ضمن على المذهب ، لأنه فدى زوجته بالوديعة وإن حلف بالطلاق ، طلقت زوجته على المذهب ، لأنه فدى الوديعة بزوجته .

السبب التاسع : الجحود . فإذا قال المودع : لا وديعة لأحدٍ عندي ، إما ابتداءً ، وإما جواباً لسؤال غير المالك ، فلا ضمان ، سواء جرى ذلك بحضرة المالك أو في غيبته ، لأن إخفاءها أبلغ في حفظها . وإن طلبها المالك فجحدها ، فهو خائن ضامن . وإن لم يطلبها ، بل قال : لي عندك وديعة ، فسكت ، لم يضمن . وإن أنكر ، لم يضمن أيضاً على الأصح ، لأنه قد يكون في الاخفاء غرض صحيح ،

---

(١) في ط الصورة الثالثة .

(٢) تعبير الشيخ بالجواز يفهم عدم الوجوب .

قال في الخادم : لو كانت الوديعة رقيقاً والظالم يريد قتله عدواناً أو الفجور به وجب أن يحلف كما أشار إليه الغزالي في صورة القتل بل أطلق في البسيط أنه يجب أن يحلف كاذباً بأنه ليس عنده وديعة ، وموضع وجوب الكفارة إذا لم يأت بالتورية ، فإن ورى لم تجب وتنفعه التورية وإن كان المستحلف حاكماً لأنه ظالم كما صرح به الروياني في الحلية في كتاب الطلاق .

بخلاف ما بعد الطلب . فلو جحد ثم قال : كنت غلطت أو نسيت ، لم يبرأ إلا أن يصدقه المالك .

فرع : مَن أنكر وديعة ادعيت ، صدق بيمينه . فلو أقام المدعي بينة بالايداع ، أو اعترف بها المدعى عليه ، طولب بها . فإن ادعى ردها أو تلفها قبل الجحود أو بعده ، نظر في صيغة جحوده . فإن أنكر أصل الايداع ، لم تقبل دعواه الرد ، لتناقض كلامه وظهور خيانته . وأما في دعوى التلف ، فيصدق ، لكنه كالغاصب فيضمن . وهل يتمكن من تحليف المالك ؟ وهل تسمع بينته على ما يدعيه من الرد أو التلف ؟ وجهان . أصحهما : نعم ، لاحتمال أنه نسي فصار كمن ادعى وقال : لا بينة لي ، ثم جاء ببينة تسمع . فعلى هذا ، لو قامت بينة بالرد أو الهلاك قبل الجحود ، سقطت المطالبة . وإن قامت بالهلاك بعد الجحود ، ضمن ، لخيانته . وقد حكينا في ألفاظ المرابحة إذا قال : اشتريت بمائة ، ثم قال : بمائة وخمسين ، أن الأصحاب فرقوا بين أن يذكر وجهاً محتملاً في الغلط وبين أن لا يذكره ، ولم يتعرضوا لمثله هنا ، والتسوية بينهما متجهة[1] . وإن كانت صيغة جحوده : لا يلزمني تسليم شيء إليك ، أو ما لَك عندي وديعة أو شيء ، صدق في دعوى الرد والتلف ، لأنها لا تناقض كلامه الأول . فإن اعترف بأنه كان باقياً يوم الجحود ، لم يصدق في دعوى الرد إلّا ببينة. وإن ادعى الهلاك ، فكالغاصب إذا ادعاه . والمذهب أنه يصدق بيمينه ويضمن .

الحكم الثالث من أحكام الوديعة : ردها عند بقائها ، فإذا كانت الوديعة باقية ، لزم المودع ردها إذا طلبها المالك ، وليس المراد أنه يجب عليه مباشرة الرد وتحمل مؤنته ، بل ذلك على المالك ، وإنما على المودع رفع اليد والتخلية بين المالك وماله ، فإن أخر من غير عذر ، دخلت الوديعة في ضمانه . وإن كان هناك عذر يعسر قطعه ، بأن طالبه في جنح الليل والوديعة في خزانة لا يتأتَّى فتح بابها في الوقت ، أو كان مشغولاً بصلاة أو قضاء الحاجة ، أو في حمام أو على طعام فأخر حتى يفرغ ، أو

(١) تعرض لقيامها قبل الجحود، بالرد أو التلف ولقيامها بعد الجحود بالهلاك وسكت عن قيامها في هذه الحالة بالرد وتعرض لها صاحب الاستقصاء وقال : قلت : سمعت لأنها تشهد ببراءته من ضمانها بالراد فسمعت . انتهى .

كان ملازماً لغريم يخاف هربه ، أو كان المطر واقعاً والوديعة في البيت فأخر حتى ينقطع ويرجع إلى البيت ، وما أشبه ذلك ، فله التأخير قطعاً . فلو تلفت الوديعة في تلك الحال ، فقطع المتولي بأنه لا ضمان ، لعدم تقصيره ، وهذا مقتضى كلام البغوي أيضاً . ولفظ الغزالي في « الوسيط » يشعر بتفصيل ، وهو أنه إن كان التأخير لتعذر الوصول إلى الوديعة ، فلا ضمان . وإن كان لعسر يلحقه ، أو غرض يفوته ، ضمن .

قلت : الراجح أنه لا يضمن مطلقاً ، وصرح به كثيرون . والله أعلم .

فرع : قال المودع : لا أرد حتى تُشهد أنك قبضتها ، فهل له ذلك ؟ فله ثلاثة أوجه سبق ذكرها في « كتاب الوكالة » ، ووجه رابع ، أنه إن كان المالك أشهد بالوديعة عند دفعها ، فله ذلك ، وإلا ، فلا .

فرع : يشترط كون المردود عليه أهلاً للقبض . فلو حجر عليه بسفه ، أو كان نائماً فوضعها في يده ، لم يجز .

فرع : أودعه جماعة مالاً ، وذكر أنه مشترَك بينهم ، ثم جاء بعضهم يطلبه ، لم يكن للمودع القسمة ولا تسليم الجميع ، بل يرفع الأمر إلى الحاكم ليقسمه ويدفع إليه نصيبه .

فرع : قال له : ردها على فلان وكيلي ، فطلب الوكيل فلم يردّ ، فهو كما لو طلب المالك فلم يردّ ، لكن له التأخير ليشهد المدفوع إليه على القبض ، لأنه لو أنكر ، صدق بيمينه . وإن لم يطلب الوكيل ، فإن لم يتمكن من الردّ ، لم تصر مضمونة ، وإلا فوجهان ، لأنه لما أمره بالدفع إلى وكيله ، عزله ، فيصير ما في يده كالأمانة الشرعية ، مثل الثوب تطيره الريح إلى داره . وفيها وجهان . أحدهما : تمتد إلى المطالبة . وأصحهما : تنتهي بالتمكن من الردّ . قال ابن كج : ويجري الوجهان فيمن وجد ضالة وهو يعرف مالكها . وذكر إمام الحرمين في الأساليب ، أنه لو قال : ردّ الوديعة على من قدرتَ عليه من وكلائي هؤلاء ولا تؤخر ، فقدر على الرّدّ على بعضهم ، وأخّر ليرد على غيره ، فهو ضامن عاص بالتأخير ، وأنه لو لم يقل : ولا تؤخر ، يضمن بالتأخير ، وفي العصيان وجهان . وإنه لو قال : ردها على من شئتَ

منهم ، فلم يرد على واحد ليرد على آخر لا يعصي ، وفي الضمان وجهان .

فرع : هل يجب على المودع الاشهاد عند الدفع إلى الوكيل ؟ وجهان جاريان فيما لو دفع إليه مالاً ابتداءً وأمره بإيداعه ، أصحهما عند البغوي : يجب ، كما لو أمره بقضاء دينه يلزمه الاشهاد ، وأصحهما عند الغزالي : لا ، لأن قول المودع مقبول في الرد والتلف ، فلا يغني الاشهاد[1] ، لأن الودائع حقها الاخفاء ، بخلاف قضاء الدين . فإذا قلنا : يجب ، فالحكم كما ذكرناه في « كتاب الوكالة » : أنه إن دفع في غيبة الموكل من غير إشهاد ، ضمن . وإن دفع بحضرته ، لم يضمن على الأصح .

فصل : طالبه المالك بردها ، فادعى التلف بسبب خفي كالسرقة ، صدق بيمينه . وإن ادعاه بسبب ظاهر كالحريق والغارة والسيل ، فإن لم يعرف ما ادعاه بتلك البقعة ، لم يقبل قوله في الهلاك به . وإن عرف بالمشاهدة أو الاستفاضة ، نظر ، إن عرف عمومه ، صدق بلا يمين . وإن لم يعرف عمومه ، واحتمل أنه لم يصب الوديعة ، صدق باليمين . وإن لم يذكر سبب التلف ، صدق بيمينه ، ولا يكلف بيان سببه . وإذا نكل المودع عن اليمين ، حلف المالك على نفي العلم بالتلف واستحق ، وعدَّ المتولي موت الحيوان والغصب من الأسباب الظاهرة . وفي « التهذيب » إلحاق الغصب والسرقة ، وهو الأقرب .

فصل : إذا ادعى رد الوديعة على الذي ائتمنه وهو المالك ، صدق بيمينه[2] . فإن مات قبل الحلف ، ناب عنه وارثه وانقطعت المطالبة بحلفه . وإن ادعى الرد على غير من ائتمنه ، لم يقبل إلاّ ببينة . وتفصيله بصور .

إحداها : إذا مات المالك ، لزم المودع الرد على ورثته . حتى لو تلف في يده

---

(١) لم يفصح بترجيح لكن الشيخ أقر الشيخ صاحب التنبيه على عدم الوجوب . وقال في الكفاية انه الأصح .

(٢) وكذا يصدق في الرد على الولي والوصي وقيم الحاكم والحاكم . قال الشيخ جلال الدين البلقيني : قد توهم أنه لو ادعى التخلية أنه لا يقبل ، وليس كذلك بل دعواه التخلية مقبولة فلو قال خليت بينها وبين المالك فأخذها فإنه يقبل قوله ولا فرق بين أن يقول رددتها على المالك بنفسي أو بوكيلي ووصلت إليه أو خليت بينها وبين المالك فأخذها الكل سواء في قبول قوله ولم أر من تعرض لذلك .

بعد التمكن من الرد ، ضمن على الأصح . فإن لم يجد الورثة ، رَدّ إلى الحاكم . وقيد في « العدة » هذا الجواب بما إذا لم تعلم الورثة بالوديعة ، أما إذا علموا ، فلا يجب الردّ إلّا بعد طلبهم . ولو طالبه الوارث فقال : رددته على المالك ، أو تلف في يدي في حياته ، صدق بيمينه . وإن قال : رددته عليك ، فأنكر ، فالمصدق الوارث . وإن قال : تلف في يدي قبل تمكني من الرد ، فهل المصدق الوارث كدعوى الرد ؟ أم المودع لأن الأصل براءته ؟ وجهان .

قلت : ينبغي أن يكون الثاني أصح . والله أعلم .

الثانية[١] : مات المودع ، فعلى وارثه ردها . فإن تلفت في يده بعد التمكن ، ضمن على الأصح[٢] . فإن كان المالك غائباً ، سلمها إلى الحاكم . فلو تنازعا ، فقال وارث المودع : ردّ عليك مورثي ، أو تلفت في يده ، قال المتولي : لم يقبل إلّا ببينة . وقال البغوي : يصدق بيمينه ، وهو الوجه ، لأن الأصل عدم حصولها في يده . ولو قال : رددتها عليك ، فالمصدق المالك . ولو قال : تلفت في يدي قبل التمكن ، فعلى الوجهين .

الثالثة[٣] : لو قال من طيرت الريح ثوباً إلى داره : رددت على المالك ، وادعاه الملتقط ، لم يصدق إلّا ببينة .

الرابعة[٤] : إذا أراد المودع سفراً ، فأودعها أميناً ، فادعى الأمين تلفها ، صدق . وإن ادعى الرد على المالك ، لم يقبل ، لأنه لم يأتمنه . وإن ادعى الرد

---

(١) في ط الصورة الثانية .

(٢) فيه أمران :

أحدهما : يقتضي في مقابله لا ضمان أصلاً ، وفي أدب القضاء للدبيلي فإن لم يسلمها الورثة إلى الموصى إليه حتى بلغت فيجعل وجهين : أحدهما : يضمن الورثة في مالهم لأنه ضارب لهم عليها يد والثاني يضمن في مال الميت .

والثاني : قال الامام يعين قول الأصحاب إن تلفت قبل الامكان ولم يضمن أو بعد الامكان ضمن المراد أن يتمكن من الاعلم ، فلم يعلم ولم يردوا أن الوارث يلزمه تعاطي الرد بنفسه حتى إن كان للرد مؤنة فيلزمه هذا ما لا قائل به .

(٣) في ط الصورة الثالثة .

(٤) في ط الصورة الرابعة .

على المودع ، صدق ، لأنه أمينه . كذا ذكره الغزالي والمتولي ، وهذا ذهاب إلى أن للمودع إذا عاد من السفر أن يستردها ، وبه صرح العبادي وغيره . وحكي عن الامام أن اللائق بمذهب الشافعي رحمه الله ، منعه من الاسترداد ، بخلاف المودع يسترد من الغاصب على وجه ، لأنه من الحفظ المأمور به . ولو كان المالك عيَّن أميناً فقال : إذا سافرت فاجعلها عند فلان ، ففعل ، فالحكم بالعكس ، إن ادعى الرد على المالك ، صدق . وإن ادعاه على المودع الأول ، لم يصدق .

الخامسة(١) : قال المودع للمالك : أودعتها عند وكيلك فلان بأمرك ، فللمالك أحوال .

أحدها : ينكر الاذن ، فيصدق بيمينه . فإذا حلف ، نظر إن كان فلان مقراً بالقبض والوديعة باقية ، ردها على المالك . فإن غاب المدفوع إليه ، فللمالك تغريم المودع . فإذا قدم ، أخذها وردها على المالك واسترد البدل . وإن كانت تالفة ، فللمالك تغريم أيهم شاء ، وليس لمن غرم الرجوع على صاحبه لزعمه أن المالك ظالم بما أخذ . وإن كان فلان منكراً ، صدق بيمينه ، واختص الغرم بالمودع .

الثانية(٢) : يعترف بالاذن وينكر الدفع ، فوجهان . أحدهما : يصدق المودع وتجعل دعوى الرد على وكيل المالك كدعواه على المالك . وأصحهما : تصديق المالك ، لأنه يدعي الردّ على من لم يأتمنه . ولو وافق فلان المودع وقال : تلفت في يدي ، لم يقبل قوله على المالك ، بل يحلف المالك ويغرم المودع .

الثالثة(٣) : يعترف بالاذن والدفع معاً ، لكنه يقول : لم تشهد ، والمدفوع إليه منكر ، فيبنى على وجوب الاشهاد على الايداع . فإن لم نوجبه ، فليس له تغريمه . وإن أوجبناه ، فعلى الخلاف السابق في الوكالة في نظير هذه الصورة . ولو اتفقوا جميعاً على الدفع إلى الأمين ، وادعى الأمين ردها على المالك ، أو تلفها في يده ، صدق بيمينه . هذا إذا عيّن المالك الأمين ، أما لو قال : أودعها أميناً ، ولم يعينه ،

---

(١) في ط الصورة الخامسة .

(٢) في ط الحالة الثانية .

(٣) في ط الحالة الثالثة .

فادعى الأمين التلف ، صدق . وإن ادعى الرد على المالك ، فالمصدق المالك ، لأنه لم يأتمنه ، كذا ذكروه . ولو قيل : أمين أمينه أمينه ، كما تقول على رأي : وكيل وكيله وكيله ، لم يبعد .

قلت : بل هو بعيد ، والفرق ظاهر .

فصل : في يده مال ، جاء رجلان ادعى كلٌّ أنه مودعه ، فجوابه يفرض بصيغ .

إحداها : أن يكذبهما ويقول : المال لي ، فيحلف لكل أنه لا يلزمه تسليمه إليه .

الثانية[١] : أن يقر لأحدهما بعينه ، فيعطاه ، وهل يحلف للآخر ؟ يبنى على أنه لو أقر لزيد بشيء ، ثم أقر به لعمرو ، هل يغرم لعمرو ؟ إن قلنا : لا ، فلا . وإن قلنا : نعم ، عرضت اليمين عليه . فإن حلف سقطت دعوى الآخر . وإن نكل ، حلف الآخر . ثم هل يوقف المال بينهما إلى أن يصطلحا ، أم يقسم بينهما كما لو أقر لهما ، أم يغرم المدعى عليه القيمة له ؟ فيه ثلاثة أوجه عن ابن سريج ، قال ابن الصباغ : المذهب هو الثالث[٢] .

الثالثة[٣] : قال : هو لكما ، فهو كمالٍ في يد شخصين يتداعيانه . فإن حلف أحدهما ، قضي له ، ولا خصومة للآخر مع المودع ، لنكوله . وإن نكلا أو حلفا ، جعل بينهما ، وحكْم كل واحد منهما في النصف الآخر كالحكم في الجميع في حق غير المقر له ، وقد بيناه .

الرابعة[٤] : قال : هو لأحدكما وقد نسيت عينه ، فإن ضمنا المودع بالنسيان ،

---

(١) في ط الصيغة الثانية .

(٢) ما نقله عن ترجيح ابن الصباغ تابعه الشاشي في الحلية وصاحب الانتصار والذخائر والاستقصاء فقالوا : أصح الأوجه أنها تقر في يد الأول ويغرم للثاني قيمتها وما ذكره من التخريج مخالف لكلام جمع من العراقيين منهم البندنيجي وسليم الرازي حيث قالوا : إن الأوجه مفرعة على أنه بمنزلة الاقرار وأما إن قلنا كالبينة لزمه أن يبطل إقراره للأول ويحكم بها للثاني . (قاله ابن الرفعة) .

(٣) في ط الصيغة الثالثة .

(٤) في ط الصيغة الرابعة .

فهو ضامن ، وإلا ، نظر ، إن صدقاه ، فلا خصومة لهما معه ، وإنما الخصومة بينهما . فإن اصطلحا في شيء ، فذاك ، وإلا ، فيجعل المال كأنه في أيديهما يتداعيانه ، هذا هو الصحيح . وقيل : هو كمالٍ في يد ثالث يتداعيانه ، لأنه لم يثبت لأحدهما يد . فعلى الأول ، لو أقام كل واحد منهما بينة ، أو حلفا أو نكلا ، فهو بينهما . وإن أقام أحدهما بينة أو حلف ، ونكل صاحبه ، قضي له . وعلى الثاني . لو أقام كلٌّ بينة فعلى الخلاف في تعارض البينتين . وإن نكلا أو حلفا ، وقف المال بينهما . وسواء قلنا بالأول أم بالثاني ، هل يترك المال في يد المدعى عليه إلى أن تنفصل خصومتهما ، أم ينزع منه ؟ فيه قولان . أظهرهما : الثاني ، وبه قطع البغوي وغيره . قال المتولي : والقولان فيما إذا طلب أحدهما الانتزاع والآخر الترك ، أما إذا اتفقا على أحد الأمرين ، فيتبع الحاكم رأيهما . أما إذا كذباه في دعوى النسيان وادعيا علمه ، فهو المصدق بيمينه ، ويكفيه يمين واحدة على نفي العلم ، لأن المدعى شيء واحد وهو علمه . وهل للحاكم تحليفه على نفي العلم إذا لم يدعه الخصمان ؟ وجهان[1] . ثم إذا حلف ، فالحكم كما إذا صدقاه في النسيان . وقيل : ينتزع المال من يده هنا وإن لم ينتزع هناك ، لأنه خائن عندهما بدعوى النسيان ، وإن نكل ، ردت اليمين عليهما . فإن نكلا ، فالمال مقسوم بينهما أو موقوف حتى يصطلحا على ما سبق . وإن حلف أحدهما فقط ، قضي له . وإن حلفا ، فقولان . ويقال : وجهان . أحدهما : يوقف حتى يصطلحا . وأظهرهما : يقسم ، لأنه في أيديهما . وعلى هذا ، يغرم القيمة وتقسم بينهما أيضاً ، لأن كل واحد منهما أثبت بيمين الرد كل العين ، ولم يأخذ إلاّ نصفها . هذا هو الصحيح الأشهر فيما إذا نكل المودع . وقيل : لا يغرم القيمة مع العين إذا حلفا . وقيل : لا ترد اليمين عليهما بنكوله ، بل يوقف بناءً على أنهما لو حلفا وقف المال بينهما ، فلا معنى لعرض اليمين . وإذا رددنا اليمين ، فهل يقرع بينهما ؟ أم يبدأ الحاكم بمن رأى ؟ وجهان ، أصحهما الثاني ، حكاه السرخسي في « الأمالي » وإذا حلفا وقسم بينهما العين والقيمة ، فإن لم ينازع أحدهما الآخر ، فلا كلام . وإن نازعه وأقام أحدهما البينة أن جميع العين له ، سلمناها إليه ورددنا القيمة إلى المودع . وإن لم يكن بينة ، ونكل صاحبه عن

---

(١) لم يرجح شيئاً ، وقد حكاها الإمام عن صاحب التقريب وأنه قال أصحهما لا يحلفه لأنه حقهما وهما لم يطلباه .

اليمين فحلف واستحق العين ، رد نصف القيمة الذي أخذه ، ولا يرد الناكل ما أخذه ، لأنه استحقه بيمينه على المودع ، ولم يعد إليه المبدل ، ونكوله كان مع صاحبه ، لا مع المودع . وصرح في « الوسيط » بأن الناكل لا يرد ، سواء سلمت العين بالبينة أو باليمين .

فرع : ادعى اثنان غصب مال في يده ، كلٌّ يقول : غصبتَه مني ، فقال : غصبتُه من أحدكما ولا أعرفه ، حلف لكل منهما على البت أنه لم يغصبه . فإذا حلف لأحدهما ، تعين المغصوب للثاني ، فلا يحلف له .

الخامسة(١) : قال : هو وديعة عندي ولا أدري أهو لكما ، أم لأحدكما ، أم لغيركما ؟ وادعيا علمه ، فحلف على نفي علمه ، ترك في يده حتى تقوم بيّنة ، وليس لأحدهما تحليف الآخر ، لأنه لم يثبت لواحد منهما يد ولا استحقاق ، بخلاف الصورة السابقة .

فصل في مسائل منثورة : إحداها : تعدّى في الوديعة ، ثم بقيت في يده مدة ، لزمه أجرة مثلها .

الثانية(٢) : في فتاوى القفال ، أنه لو ترك حماره في صحن خان وقال للخاني : احفظه كيلا يخرج ، فكان الخاني ينظره ، فخرج في بعض غفلاته ، فلا ضمان ، لأنه لم يقصر في الحفظ المعتاد .

الثالثة(٣) : المودع إذا وقع في خزانته حريق ، فبادر إلى نقل الأمتعة ، وقدم أمتعته على الوديعة ، فاحترقت الوديعة ، لم يضمن ، كما لو لم يكن فيها إلا ودائع فأخذ في نقلها فاحترق ما تأخر نقله .

الرابعة(٤) : لو ادعى ابن المالك موت أبيه ، وعلم المودع بذلك ، وطلب الوديعة ، فله تحليف المودع على نفي العلم . فإن نكل ، حلف المدعي .

---

(١) في ط الحالة الخامسة .

(٢) في ط المسألة الثانية .

(٣) في ط المسألة الثالثة .

(٤) في ط المسألة الرابعة .

الخامسة[١] : مات المالك وطلب الوارث الوديعة ، فامتنع المودع ليفحص هل في التركة وصية ؟ فهو متعدٍّ ضامن .

السادسة[٢] : من وجد لقطة وعلم مالكَها فلم يخبره حتى تلفت ، ضمن ، وكذا قيم الصبي والمسجد إذا كان في يده مال فعزل نفسه ولم يخبر الحاكم حتى تلف المال في يده ، ضمن ، وهذا كما قدمنا أنه يجب الرد عند التمكن أو هو هو .

السابعة[٣] : من صور تعدي الأمناء ، أن لا يبيع قيم الصبي أوراق فرصاده حتى يمضي وقتها ، فيلزمه الضمان ، وليس من التعدي أن يؤخر لتوقع زيادة فيتفق رخص ، وكذا قيم المسجد في أشجاره ، وهذا شبيه بتعريض الثوب الذي يفسده الدود للريح ، وهذه المسائل سوى الأولى في فتاوى القفال .

الثامنة[٤] : بعث رسولاً إلى حانوته ، ودفع خاتمه معه علامة وقال : رُدَّه عليَّ إذا قبضت المأمور بقبضه ، فقبضه ولم يرد الخاتم ، ووضعه في حرزه ، فلا ضمان ، ذكره العبادي في « الزيادات » كأن المعنى أنه ليس عليه الردّ ولا مؤنته وإنما التخلية .

التاسعة[٥] : في « فتاوى » القاضي حسين ، أن الثياب في مسلخ الحمام إذا سرقت ، والحمامي جالس في مكانه مستيقظ ، فلا ضمان عليه . وإن نام أو قام من مكانه ، ولا نائب له هناك ، ضمن . ويجب على الحمامي الحفظ إذا استحفظ . وإن لم يستحفظ ، حكى القاضي عن الأصحاب ، أنه لا يجب عليه الحفظ ، قال : وعندي يجب ، للعادة .

العاشرة[٦] : عن بعضهم : لو أودعه قَبَالة[٧] وقال له : لا تدفعها إلى زيد حتى

(١) في ط المسألة الخامسة .
(٢) في ط المسألة السادسة .
(٣) في ط المسألة السابعة .
(٤) في ط المسألة الثامنة .
(٥) في ط المسألة التاسعة .
(٦) في ط المسألة العاشرة .
(٧) تقبلت العمل من صاحبه إذا التزمته بعقد . والقبالة بالفتح اسم المكتوب من ذلك لما يلتزمه الانسان من عمل ودين وغير ذلك . قال الزمخشري : كل من تقبل بشيء مقاطعة وكتب عليه بذلك كتاباً . فالكتاب الذي يكتب هو القبالة بالفتح والعمل قبالة بالكسر لأنه صناعة . (المصباح المنير ٢ / ٦٧٠) .

يعطيَك ديناراً ، فدفعها إليه قبل أن يعطيَه ، فعليه قيمة القبالة مكتوبة ، الكاغد وأُجرة الورَّاق .

قلت : ومن مسائل الباب قال أصحابنا : لو أكرهه على قبول وديعة وحفظها ، فأخذها ، لم تكن مضمونة عليه كما لو قبضها مختاراً وأولى . ولو تعين عليه قبول وديعة ، فلم يقبلها ، وتلفت ، فهو عاصٍ ، ولا ضمان ، لأنه لم يلتزم الحفظ . والله أعلم .

كتاب قسم الفيء والغنيمة[1]

المال المأخوذ من الكفار ، منقسم إلى ما يحصل بغير قتال وإيجاف خيل وركاب ، وإلى حاصل بذلك ، ويسمى الأول : فيئاً . والثاني : غنيمة[2] . ثم ذكر

---

(١) القسم بفتح القاف مصدر قسمت الشيء ، والفيء مصدر فاء يفيء إذا رجع ، ثم استعمل في المال الراجع من الكفار إلينا من استعمال المصدر في اسم الفاعل لأنه راجع ، والمفعول لأنه مردود . وقال القفال في المحاسن : سمي الفيء بذلك لأن الله تعالى خلق الدنيا ، وما فيها للاستعانة على طاعته ، فمن خالفه فقد عصاه وسبيله الرد إلى من يطيعه . وهذا المعنى يشمل الغنيمة أيضاً فلذلك قيل اسم الفيء يشملها دون العكس والغنيمة فعيلة بمعنى مفعولة من الغنم وهو الربح استعملت شرعاً في ربح من الكفار خاص ، وسميت بذلك لأنه فضل وفائدة محضة .

والأصل في الباب قوله تعالى ﴿ما أفاء الله على رسوله﴾ وقوله تعالى ﴿واعلموا أنما غنمتم من شيء﴾ .

وحديث « وفد عبد القيس وقد فسر لهم رسول الله ﷺ الإيمان وأن تعطوا من المغنم الخمس » متفق عليه .

ولم تحل الغنائم لأحد قبل الاسلام بل كانت الأنبياء إذا غنموا مالاً جمعوه فتأتي نار من السماء تأخذه ، ثم أحلت للنبي ﷺ فكانت في صدر الاسلام له خاصة لأنه كالمقاتلين كلهم نصرة وشجاعة بل أعظم يصنع فيها ما يشاء ، وعليه يحمل إعطاؤه ﷺ من لم يشهد بدراً ثم نسخ ذلك واستقر الأمر على ما يأتي .

(٢) تعبير الشيخ بالمال يخرج النجاسات المنتفع بها مع أن لها حكم الفيء ، ويدخل في عبارته المأخوذ على وجه السرقة وهو غنيمة على الصحيح ، وكذا ما أهدوه والحرب قائمة على النص ، والواو في كلام الشيخ بمعنى أو لأن أحدهما كاف ، ولا يشترط اجتماعهما .

ومراد الشيخ ما حصل للمسلمين ، أما ما حصل لأهل الذمة من أهل الحرب بقتال ، فإنه ليس بغنيمة على النص ولا يخمس لأن الخمس حق على المسلمين كالزكاة ، ومراده أيضاً بالكفار أهل الحرب بقرينة القتال .

المسعودي وطائفة أن اسم كل واحد من المالين يقع على الآخر إذا أفرد بالذكر ، فإذا جمع بينهما، افترقا، كاسمي الفقير والمسكين . وقال الشيخ أبو حاتم القزويني وغيره : اسم الفيء يشمل المالين ، واسم الغنيمة لا يتناول الأول . وفي لفظ الشافعي رضي الله عنه في « المختصر » ما يشعر به .

وبيان قيمة المالين يقع في بابين .

الباب الأول في الفيء

فمنه ما جلا عنه الكفار خوفاً من المسلمين[١] ، إذا سمعوا خبرهم أو لضرٍّ أصابهم ، وجزية أهل الذمة وما صولح عليه أهل بلد من الفكار ، وعشور تجاراتهم المشروطة عليهم إذا دخلوا دار الاسلام ، ومال من مات أوقتل على الردة ، ومال من مات من أهل الذمة عندنا ولا وارث له ، وكل ذلك مخمس على ما سنفصله إن شاء الله تعالى . هذا هو المذهب . وحكي عن القديم : أن مال المرتد لا يخمس . فقيل : يختص هذا القول بالمرتد ، ويخمس ما سواه قطعاً ، لأن المرتد يستصحب به حكم الاسلام ، كما يؤمر بقضاء الصلوات وتلزمه الحدود . وقيل : ما تركوه خوفاً من المسلمين يخمس قطعاً ، وفيما سواه يطرد القول القديم ، وبهذا الطريق قال الأكثرون . ومنهم من طرد في جميع مال الفيء قولين . الجديد : يخمس كالغنيمة . والقديم : المنع ، لأنه لم يقاتل عليه ، كما لو صولحوا على الضيافة ، فإنه لا حق لأهل الخمس في مال الضيافة ، بل يختص به الطارقون . قال البغوي : وحيث قلنا : لا يخمس ، فحكم جميع المال حكم الأخماس الأربعة على قولنا بالتّخميس ، وفي مصرفها خلاف يأتي إن شاء الله تعالى . قال الروياني في « الحلية » : لو صالحونا على مال عند القتال ، فهو غنيمة[٢] .

ولو تقابل صنفان وانكشفوا بلا قتال فما تركوه غنيمة مع أنه لا قتال فيه وما حصل بقتال الرجال وأصحاب السفن غنيمة مخمسة وليس فيها إيجاف خيل ولا ركاب وكذا ما أهدوه والحرب قائمة كما تقدم التنبيه عليه ، وما أخذ على هيئة اللقطة وعلم أنه لهم فهو غنيمة .

(١) والمسلمون ليس بقيد كما ظنه بعضهم بل ما هربوا من أهل حزب آخرين أو ذمة وظفر به فهو فيء أيضاً .

(٢) قال الشيخ البلقيني : ما نقله عن الروياني متعقب فإن بلاد الصلح المفتوحة صلحاً عند القتال لا تكون غنيمة فكذلك المال المصالح عليه عند القتال .

فصل : مال الفيء يقسم خمسة أسهم ، فأربعة يأتي بيان مصرفها ، والخمس الآخر يقسم على خمسة أسهم متساوية .

أحدها : السهم المضاف إلى الله عز وجل وإلى رسول الله ﷺ ، وكان لرسول الله ﷺ ، ينفق منه على نفسه وأهله ومصالحه ، وما فضل جعله في السلاح عدّة في سبيل الله تعالى وفي سائر المصالح . وأما بعده ﷺ ، فيصرف هذا السهم في مصالح المسلمين ، كسد الثغور ، وعمارة الحصون والقناطر والمساجد ، وأرزاق القضاة والأئمة ، ويقدَّم الأهم فالأهم . ونقل الشافعي رحمه الله عن بعض العلماء ، أن هذا السهم يرد على أهل السُّهمان الذين ذكرهم الله تعالى ، فذكر أبو الفرج الزاز : أن بعض الأصحاب جعل هذا قولاً للشافعي ، لأنه استحسنه . وحكى في « الوسيط » وجهاً : أن هذا السهم يصرف إلى الامام ، لأنه خليفة رسول الله ﷺ ، وهذان النقلان شاذان مردودان .

السهم الثاني : لذوي القربى ، وهم بنو هاشم ، وبنو المطلب ، يشترك فيه فقيرهم وغنيهم وكبيرهم وصغيرهم وذكرهم وأُنثاهم ، بشرط كون الانتساب بالآباء ، فلا يعطى أولاد البنات .

قلت : وحكى ابن المنذر وابن كج وجهاً في اختصاصه بفقرائهم ، وهو شاذ متروك . والله أعلم .

ولا يفضَّل أحد منهم على أحد إلاّ بالذكورة ، فللذكر سهمان ، وللأُنثى سهم . وقال المزني : يسوّى بينهما . وقال القاضي حسين : المدلي بجهتين يفضَّل على المدلي بجهة .

فرع : يعم العطاء الحاضر في موضع حصول الفيء والغائب عنه على الصحيح . وقال أبو اسحاق : ما حصل في إقليم ، دفع إلى من فيه ، لمشقة النقل . واحتجوا للصحيح بظاهر الآية ، وبالقياس على الارث . وأما المشقة ، فيأمر الامام أمناءَه في كل إقليم بضبط مَن فيه ، ولا يلزمه نقل ما في كل إقليم إلى جميع الأقاليم ، بل الحاصل في كل إقليم يضبط ، يفرَّق على ساكنيه فإن لم يكن في بعضها شيء ، أو لم يف بمن فيه ، نقل قدر الحاجة . قال الامام : ولو كان الحاصل قدراً لو وزِّع

لم يسدّ مسدّاً ، قدّم الأحوج ، ولا يستوعب للضرورة(١) .

السهم الثالث : لليتامى . واليتيم : الصغير الذي لا أب له ، قيل : ولا جد . ويشترط فيه الفقر على المشهور . وقيل : على الصحيح .

السهم الرابع والخامس : المساكين وابن السبيل ، وقد سبق بيانهما في الزكاة .

فرع : في تعميم اليتامى والمساكين وابن السبيل ، وتخصيص الحاصل في كل اقليم وناحية بأهله ، الخلاف في أهل القربى ، حكاه الشيخ أبو حامد وغيره .

فرع : سبق في باب الوصية : أن عند الانفراد [يدخل الفقراء] في اسم المساكين ، وعكسه ، ولفظ المساكين هنا مفرد ، فيدخل فيه الفقراء ، وحينئذٍ مقتضى القول بوجوب تعميم مساكين الاقليم أو العالم تناولُ الفقراء أيضاً ، وهذا مقتضى كلام بعضهم . ومنهم من يقول : يجوز الصرف إلى الفقراء ، لأنهم أشد حاجة ، وهذا لا يقتضي تناولهم .

قلت : الصحيح الأول ، وأنهما داخلان في الاسم . وممن صرح به القاضي أبو الطيب في تعليقه . والله أعلم .

فرع : يجوز أن يفاوت بين اليتامى(٢) ، وكذا في المساكين(٣) وأبناء السبيل ، لأن هؤلاء يستحقون بالحاجة ، فتراعى حاجاتهم ، بخلاف ذوي القربى ، فإنهم يستحقون بالقرابة .

---

(١) قال في الخادم : هذا من تصرف الامام ، وقد أهمله الغزالي ، وظاهر كلامه في بسيطه يقتضي خلافه وسيأتي في كلام الرافعي الجزم بخلافه .

(٢) ما جزم به من التفاوت في اليتامى هو مفرع كما قاله الماوردي على اشتراط الفقر فيهم سواء من مات أبوه أو قتل ، فأما إذا قلنا لا يشترط الفقر اختص به من قتل أبوه في الجهاد ولا يختص به بعضهم .

(٣) وما ذكره في المساكين مفرع على أنه يستحقه جميع مساكين المسلمين كما صرح به الماوردي أما إذا قلنا انه لمساكين أهل الجهاد والذين عجزوا عنه بالمسكنة والزمانة فيجب التسوية بينهم من غير تفضيل بين كبير وصغير وذكر وأنثى ولا يجوز أن يجمع لهم بين سهم من الخمس وسهم من الزكاة ويجوز الدفع إليهم من الكفارات فلأنه على القول الآخر .

فرع : لا يشترط أن يكون هؤلاء الأصناف الثلاثة من المرتزقة على الصحيح المعروف . وعن القفال اختصاصه بيتامى المرتزقة ، وذكر الماوردي مثله في المساكين وأبناء السبيل[١] .

فرع : إذا فقد بعض الأصناف ، وزّع نصيبه على الباقين كالزكاة ، إلّا سهم رسول الله ﷺ ، فإنه للمصالح كما ذكرنا .

فرع : لا يجوز الصرف إلى كافر .

فرع : لا يجوز الاقتصار على إعطاء ثلاثة من اليتامى ، ولا من المساكين ، ولا من أبناء السبيل ، كما قلنا في الزكاة إذا فرّقها الامام .

قلت : لا يجوز دفع شيء من سهم ذوي القربى إلى مواليهم ، قال صاحب « التلخيص » : لو ادعى أنه مسكين أو ابن سبيل ، قبل بلا بيِّنة ، ولا يقبل اليتم والقرابة إلّا ببينة[٢] . والله أعلم .

فصل : وأما أربعة أخماس الفيء ، ففي مصرفها ثلاثة أقوال . أظهرها : أنها للمرتزقة المرصدين للجهاد . والثاني : للمصالح . والثالث : أنها تقسم كما يقسم الخمس ، فيقسم جميع الفيء على الخمسة الذين ذكرناهم ، وهذا غريب . فعلى الثاني : نبدأ بالأهم فالأهم . وأهمها تعهد المرتزقة . وكذا حكم خمس الخمس . فالقولان الأولان متفقان على أن المصرف المرتزقةُ ، وإنما يختلفان فيما فضل عنهم .

فرع : وللامام في القسمة على المرتزقة وظائف .

إحداها : يضع ديواناً . قال في « الشامل » : وهو الدفتر الذي يثبت فيه الأسماء[٣] فيحصي المرتزقة بأسمائهم ، وينصب لكل قبيلة أو عدد يراه عريفاً ليعرض

---

(١) ذكره في الأحكام السلطانية لكن لم يجزم به في الحاوي بل حكى فيه وجهين فقال : وأما سهم المساكين فاختلف فيه أصحابنا فيمن يستحقه على وجهين أحدهما ، جميع المساكين المسلمين والثاني مساكين أهل الجهاد الذين عجزوا عنه بالمسكنة والزمانة ، وذكر مثله في أبناء السبيل .

(٢) أقره عليه ، وما ذكره في القرابة محله إذا لم يستفض بسببه بينهم فإن استفاض اكتفي بذلك . (قاله الامام) .

(٣) وصرح الماوردي بأنه الموضع الذي يجلس فيه للكتابة .

قال في الخادم : ولا شك أن الديوان يطلق على كل واحد منهما ، فينبغي الجمع بينهما .

عليه أحوالهم ، ويجمعهم عند الحاجة ويثبت فيه قدر أرزاقهم .

قلت : نصب العريف مستحب[١] . والله أعلم .

الثانية : يعطي كل شخص قدر حاجته ، فيعرف حاله وعدد من في نفقته وقدر نفقتهم وكسوتهم وسائر مؤنتهم ، ويراعي الزمان والمكان ، وما يعرض من رخص وغلاء ، وحال الشخص في مروءته وضدّها ، وعادة البلد في المطاعم ، فيكفيه المؤونات ليتفرغ للجهاد ، فيعطيه لأولاده الذين هم في نفقته أطفالاً كانوا أو كباراً ، وكلما زادت الحاجة بالكبر ، زاد في حصته . وهل يدفع إليه ما يتعهد منه الأولاد ؟ أم يتولى الامام تعهدهم بنفسه؟ أو بنائب له؟ فيه قولان . أظهرهما : الأول . وحكى الحناطي وأبو الفرج الزاز وجهاً أنه لا يعطي الأولاد شيئاً ، لأنهم لا يقاتلون ، وهذا شاذ ضعيف وإذا كان له عبد يقتنيه للزينة أو للتجارة ، لم يعط له . وإن كان يقاتل معه أو يحتاج إليه في الغزو لسياسة الدواب ونحوها ، أعطي له ، وكذا لو كان عبد يخدمه وهو ممن يخدَم ، بل لو لم يكن له عبد واحتاج إليه ، أعطاه الامام عبداً ، ولا يعطي إلّا لعبد واحد . وفي الزوجات ، يعطي للجماعة . وإذا نكح جديدة ، زاد في العطاء ، لأن نهايتهن أربع ، والعبيد لا حصر لهم ، وكأن هذا في عبيد الخدمة . فأما الذين يتعلق بهم مصلحة الجهاد[٢] ، فينبغي أن يعطيَ لهم وإن كثروا .

قلت : كذا هو منقول ، وإنما يقتصر في عبيد الخدمة على واحد حصلت به الكفاية . فأما من لا تحصل كفايته إلّا بخدمة عبيد ، فيعطي لمن يحتاج إليه ، ويختلف باختلاف الاشخاص . والله أعلم .

والوجه الشاذ في الاولاد يجري في الزوجات والعبيد .

فرع : يعطى المرتزق مؤنة فرسه ، بل يعطى الفرس إذا كان يقاتل فارساً ولا فرس له ، ولا يعطى للدواب التي يتخذها زينة ونحوها .

---

(١) قال في الخادم : هذا يوهم أن وضع الديوان واجب لكن قول الرافعي من بعد يشعر باستحبابه والظاهر الوجوب لئلا يقع في الخبط والغلط ، وبه يشعر كلام الحاوي والبسيط وغيرهما . انتهى ما أردته منه .

(٢) أي لسياسة الدواب ونحوها .

فرع : يعطى كل منهم بقدر حاجتهم ، ولا يفضَّل أحد منهم بشرف نسب أو سبق في الاسلام أو الهجرة وسائر الخصال المرضية ، بل يستوون كالارث والغنيمة . وفي وجه : يفضَّل إذا اتسع المال .

الثالثة : يستحب أن يقدم في الاعطاء وفي إثبات الاسم في الديوان قريشاً على سائر الناس ، وهم ولد النضر بن كنانة ، بن خزيمة ، بن مدركة ، بن الياس ، بن مضر ، بن نزار ، بن معدّ ، بن عدنان . قال الأستاذ أبو منصور : هذا قول أكثر النسابين ، وبه قال الشافعي وأصحابه ، وهو أصح ما قيل . وقيل : هم ولد إلياس . وقيل : ولد مضر . وقيل : ولد فهر بن مالك بن النضر بن كنانة . ثم يقدم من قريش الأقرب فالأقرب إلى رسول الله ﷺ ، وهو : محمد بن عبد الله ، بن عبد المطلب ، ابن هاشم ، بن عبد مناف ، بن قصي ، بن كلاب ، بن مرة ، بن كعب ، بن لؤي ، ابن غالب ، بن فهر ، بن مالك ، بن النضر ، بن كنانة ، فيقدم بني هاشم ، وبني المطلب على سائر قريش ، ثم بني عبد شمس وبني نوفل أخوي هاشم ، ويقدم منهما بني عبد شمس ، لأنه أخو هاشم لأبويه ، ونوفل أخوه لأبيه ، ثم بني عبد العزى وبني عبد الدار ابني قصي يقدم منهما بني عبد العزى ، لأنهم أصهار رسول الله ﷺ ، فإن خديجة رضي الله عنها بنت خويلد بن أسد بن عبد العزى ، ثم بني زهرة بن كلاب أخي قصي ، ثم بني تيم وبني مخزوم أخوي كلاب ، ويقدم منهما بني تيم ، لمكان أبي بكر الصديق رضي الله عنه وعائشة رضي الله عنها من رسول الله ﷺ ، ثم بني جمح وبني سهم ، وهما من ولد هصيص بن كعب ، وبني عدي بن كعب ـ وهصيصٌ وعدي أخوا مرة بن كعب ـ وقدّم عمر رضي الله عنه من هؤلاء القبائل الثلاث بني جمح ؛ وسوَّى بين بني سهم وبني عدي ، كما يسوَّى بين بني هاشم وبني المطلب . قال الشافعي رحمه الله : وقدم المهدي أمير المؤمنين في زمانه بني عدي على بني جمح وبني سهم ، لمكان عمر رضي الله عنه ، والذي فعله عمر رضي الله عنه كان تواضعاً منه . ثم يقدم بني عامر بن لؤي ، ثم بني الحارث بن فهر . فإذا فرغ من قريش ، بدأ بالأنصار[1] ، ثم يعطي سائر العرب[2] . هكذا رتب

---

(١) قضيته أنه لا ترتيب بينهم ، وينبغي تقديم الأوس لنصرتهم النبي ﷺ وإيوائهم إياه .

(٢) قضيته أنه لا ترتيب ، لكن في الحاوي « ثم يقدم بعد قريش الأنصار ثم من بعدهم مضر ثم ربيعة ثم =

الأصحاب ، وهو ظاهر نص الشافعي رحمه الله . وفي « أمالي » السرخسي : أن هذا محمول على الذين هم أبعد من الأنصار ، فأما سائر العرب الذين هم أقرب إلى رسول الله ﷺ من الأنصار ، فيقدمون عليهم . ومتى استوى اثنان في القرب، قدِّم أسنّهما . فإن استويا في السن ، فأقدمهما إسلاماً وهجرة .

قلت : قد عكس أقضى القضاة الماوردي هذا ، فقال في « الأحكام السلطانية » : يقدم بالسابقة في الاسلام . فإن تقاربا فيه ، قدم بالدّين . فإن تقاربا فيه ، قدم بالسن ، فإن تقاربا فيه ، قدم بالشجاعة . فإن تقاربا فيه ، فوليُّ الأمر بالخيار بين أن يرتِّبهم بالقرعة ، أو برأيه واجتهاده ، وهذا الذي قاله هو المختار . والله أعلم .

ثم بعد العرب ، يعطي العجم . وفي « المهذب » و« التهذيب » : أن التقديم فيهم بالسن والفضائل ، ولا يقدم بعضهم على بعض بالنسب . وفيه كلامان .

أحدهما : أن العجم قد يعرف نسبهم ، فينبغي أن يعتبر فيمن عرف نسبه القرب والبعد أيضاً .

الثاني : أنا قدمنا في صفة الأئمة في الصلاة عن إمام الحرمين : أن الظاهر رعاية كل نسب يعتبر في الكفاءة في النكاح ، وسنذكر إن شاء الله تعالى ، أن نسب العجم مرعيٌّ في الكفاءة على خلاف فيه ، فليكن كذلك هنا .

قلت : قد أشار الماوردي إلى اعتبار نسب العجم فقال : إن كانوا عجماً لا يجتمعون على نسب ، جمعهم بالأجناس ، كالترك ، والهند ، وبالبلدان . ثم إن كانت لهم سابقة في الاسلام ، ترتبوا عليها ، وإلاّ ، فبالأقرب من ولي الأمر . فإن تساوَوا ، فبالسبق إلى طاعته . والله أعلم .

قال الأئمة : وجميع الترتيب المذكور في هذه الوظيفة ، مستحب لا مستحق[1] .

الرابعة : لا يثبت في الديوان اسم صبي ، ولا مجنون ، ولا امرأة ، ولا عبد ،

= جميع ولد عدنان ثم قحطان فيرتبهم على السابقة كقريش .

(١) وبالاستحباب صرح به في المهذب والمجرد لسليم ، قال ابن الرفعة : وفيه نظر .

ولا ضعيف لا يصلح للغزو ، كالأعمى ، والزمن ، وإنما هم تبع للمقاتل إذا كانوا في عياله ، يعطى لهم كما سبق ، وإنما يثبت في الديوان الرجال المكلفين المستعدين للغزو ، وإذا طرأ على المقاتل مرض أو جنون ، فإن رجي زواله ، أعطي ولم يسقط اسمه ، وإلاّ أسقط اسمه . وفي إعطائه الخلاف الآتي في زوجة المقاتل بعد موته ، وأولى بالاعطاء .

قلت : ترك من شروط من يثبته في الديوان الاسلام ، وذكر الماوردي في « الأحكام السلطانية » شرطاً آخر ، وهو أن يكون فيه إقدام على القتال ومعرفة به . فإن اختل ذلك ، لم يجز إثباته ، لعجزه عما هو مرصد له . قال : ولا يجوز إثبات الأقطع ، ويجوز إثبات الأعرج إن كان فارساً . وإن كان راجلاً ، فلا . ويجوز إثبات الأخرس والأصم . قال : وإذا كتبه في الديوان ، فإن كان مشهور الاسم ، لم يحسن تحليته . وإن كان مغموراً وصف وحلي ، فيذكر سنّه وقدّه ولونه وحلي وجهه ، بحيث يتميز عن غيره . والله أعلم .

فرع : من مات من المرتزقة ، هل ينقطع رزق زوجته وأولاده لزوال المتبوع ؟ أم يستمرُّ ترغيباً للمجاهدين ؟ قولان . وقيل : وجهان . أظهرهما : الثاني . فعلى هذا ، ترزق الزوجة إلى أن تتزوج ، والأولاد إلى أن يبلغوا ويستقلّوا بالكسب ، أو يرغبوا في الجهاد فيثبت اسمهم في الديوان . ومن بلغ منهم وهو أعمى أو زمن ، رُزق على هذا القول كما كان يُرزق قبل البلوغ ، هذا في ذكور الأولاد . وأما الاناث ، فمقتضى كلامه في « الوسيط » أنهن يرزقن إلى أن يتزوجن .

الخامسة : يفرِّق الأرزاق في كل عام مرة ، ويجعل له وقتاً معلوماً لا يختلف . وإذا رأى مصلحة أن يفرق مشاهرة ونحوها ، فعل . وإذا اقتصر في السنة على مرة ، فيشبه أن يقال : يجتهد ، فما اقتضته الحال وتمكن فيه من الاعطاء في أول السنة أو آخرها ، فعله ، وعلى هذا ينزَّل قوله في « الوجيز » : يفرق في أول كل سنة ، وقول الآخرين : يفرق في آخر كل سنة .

فرع : إذا مات واحد من المرتزقة بعد جمع المال وانقضاء الحول ، صرف نصيبه إلى ورثته ولا يسقط هذا الحق بالاعراض عنه على الظاهر ، كذا قاله

الامام[١] . وإن مات بعد جمع المال وقبل تمام الحول ، فقولان . ويقال : وجهان . أظهرهما : يصرف قسط ما مضى إلى ورثته كالأجرة . والثاني : لا شيء لهم ، كالجعل في الجعالة ، لا يستحق قبل تمام العمل . وإن مات قبل جمع المال وبعد الحول ، فظاهر النص : أنه لا شيء للورثة ، وبه قال القاضي أبو الطيب وآخرون ، وبه قطع البغوي . وقال الشيخ أبو حامد : يصرف نصيبه مما سيحصل إلى ورثته . وإن مات قبل جمع المال وقبل انقضاء الحول ، فإن قلنا : إذا مات بعد الحول لا يستحق ، فهنا أولى ، وإلاّ ، ففي قسط ما مضى الخلاف فيما إذا مات قبل الحول وبعد جمع المال . هذا كله إذا كان العطاء مرة في السنة . فإن رأى الاعطاء في السنة مرتين فصاعداً ، فالاعتبار بمضي المدة المضروبة .

فصل : جميع ما ذكرناه في المنقولات من أموال الفيء . فأما الدُّور والأرض ، فقد قال الشافعي رضي الله عنه : هي وقف للمسلمين تستغلّ وتقسم غلتها في كل عام كذلك أبداً . هذا نصه . فأما أربعة أخماس الفيء ، فمن الأصحاب من يقول : الحكم بأنها وقف مفرع على أنها للمصالح ، فأما إن جعلناها للمرتزقة ، فتقسم بينهم كالمنقولات وكالغنيمة . والأصح جريان هذا الحكم ، سواء قلنا : للمصالح أو للمرتزقة ، لتبقى الرقبة مؤبَّدة ، وينتفع بغلتها المستحق كل عام ، بخلاف المنقولات ، فإنها معرَّضة للهلاك ، والغنيمة بعيدة عن نظر الامام واجتهاده . لتأكد حق الغانمين . فإذا قلنا بالوقف ، فوجهان . أحدهما : المراد به التوقف عن قسمة الرقبة ، دون الوقف الشرعي . وأصحهما : أن المراد الوقف الشرعي للمصلحة . فعلى هذا ، وجهان . أحدهما : يصير وقفاً بنفس الحصول ، كما يرق النساء والصبيان بالأسر . وأصحهما : لا ، لكن الامام يقفها . وإن رأى قسمتها أو بيعها وقسمة ثمنها ، فله ذلك . وقول الشافعي رحمه الله : هي وقف ، أي : تجعل وقفاً[٢] . وأما

---

(١) لا يفهم منه حقيقة الخلاف ، وعبارة الإمام « وفي كلام الأصحاب تردد في أن المرتزق لو أعرض عن مقدار رزقه بعد انقراض الزمان وحصول المال هل يسقط حقه بالاعراض أم الملك في حصته لازم كالملك الحاصل للورثة في حصصهم . والمسألة محتملة والاظهر عندنا أن الملك لازم فإن المرتب في ديوان المرتزقة ظاهر الاشعار بقصد تحصيل الرزق والجهاد لا يحمل على قصد المغانم فإن بناه على قصد إعلاء كلمة الله فلا يقع المغنم فيه مقصود انتهى .

(٢) قال الشيخ البلقيني : ما صححه تبعاً لأصله في مسألة الأراضي لم يصححه أحد من الأصحاب والذي =

خمسه ، فسهم المصالح لا سبيل إلى قسمته ، بل يوقف وتصرف غلته في المصالح ، أو يباع ويصرف ثمنه إليها ، والوقف أولى . ويجيء الوجه السابق ، أنه يصير وقفاً بنفس الحصول . وسهم ذوي القربى ، فيه الخلاف المذكور في الأخماس الأربعة ، تفريعاً على أنها للمرتزقة . وسهم اليتامى والمساكين وابن السبيل ، يرتب على سهم ذوي القربى . إن قلنا : إنه وقف ، فهنا أولى ، لأن ذوي القربى متعيّنون ، وإلا ، فالأصح أنه وقف . وقيل : لا . وإذا تأملتَ هذه الاختلافات في الاخماس الأربعة ، ثم في الخمس ، علمتَ أن المذهب أن الجميع وقف ، وهو الموافق لنص الشافعي رضي الله عنه .

فصل : إذا زادت الأخماس الأربعة على حاجات المرتزقة ، فإن قلنا : إنها للمرتزقة ، وهو الأظهر ، صرف الفاضل إليهم أيضاً على قدر مؤوناتهم . وفي جواز صرف شيء منه إلى إصلاح الحصون وإلى الكراع والسلاح ليكون عدة لهم ، وجهان . أصحهما : نعم . فإن قلنا : إنها للمصالح ، صرف الفاضل إلى باقي المصالح ، كاصلاح الحصون والكراع والسلاح . وإن فضل شيء ، ففي جواز صرفه إليهم وجهان[1] . ويجوز صرفه إليهم عن كفاية السنة القابلة بلا خلاف[1] .

فصل في مسائل منثورة : **إحداها** : جاء رجل فطلب إثبات اسمه في الديوان ، أجابه الامام إن وجد في المال سَعة وفي الطالب أهلية وإلاّ ، فلا .

الثانية[2] : لا يحبس شيء من مال الفيء خوفاً أن ينزل بالمسلمين نازلة ، بل يفرغ الجميع في الوقت المعين . ثم إن نزلت نازلة ، فعلى جميع المسلمين القيام بأمرها . فإن غشيهم العدو ، فعلى جميعهم أن ينفروا .

الثالثة[3] : قال الشافعي رضي الله عنه : يرزق من مال الفيء الحكام وولاة

= عليه الأئمة كما في النهاية أنه لا يجوز بيع شيء من ذلك وأن الأراضي تبقى موقوفة وفي وجه لا بد من وقفها ، وجعله الماوردي خطأ ، وتبع في ذلك الشيخ أبا حامد فإنه قال : إنه ليس بشيء ، ووافقه صاحب الزركشي على ذلك في الخادم ، ونقل نقولاً كثيرة تؤكد ما قاله تبعاً لشيخه البلقيني .

(١) لم يرجحا ـ أي الرافعي والمصنف ـ شيئاً من الوجهين لأنه تفريع على المرجوح ومقتضى استدلال الماوردي ترجيح الجواز .

(٢) في ط المسألة الثانية .

(٣) في ط المسألة الثالثة .

الأحداث والصلاة ، وكل من قام بأمر الفيء من والٍ وكاتب وجندي لا يستغني أهل الفيء عنهم . والمراد بالحكام : الذين يحكمون بين أهل الفيء في مغزاهم . وولاة الأحداث ، قيل : هم الذين يعلّمون أحداث أهل الفيء الفروسية والرمي ، وقيل : هم الذين ينصَّبون في الأطراف لتولِّية القضاة وسعاة الصدقات وعزلهم وتجهيز الجيوش إلى الثغور وحفظ البلاد من أهل الفساد ونحوها من الأحداث . وولاة الصلاة : الذين يقيمون لهم الجمعات والجماعات ، وكذلك يرزق عرفاء أهل الفيء . وإذا وجد من يتطوع بهذه الأعمال ، لم يرزق عليها غيره .

الرابعة[1] : يجوز أن يكون عامل الفيء من ذوي القربى . قال الماوردي رحمه الله : عامل الفيء ، إن ولّي وضع أموال الفيء وتقديرها وتقريرها اشترط كونه مسلماً حرّاً مجتهداً عارفاً بالحساب والمساحة . وإن ولي جباية أمواله بعد تقريرها ، سقط الشرط الثالث . وإن ولي جباية نوع خاص من الفيء ، نظر ، إن لم يستغن فيه عن استنابة ، اشترط إسلامه وحريته واطلاعه بشرط ما ولي من حساب ومساحة ، لما فيه من معنى الولاية . وإن استغنى عن الاستنابة ، جاز أن يكون عبداً ، لأنه كالرسول المأمور . وأما تولية الذمي ، فإن كانت جباية من أهل الذمة كالجزية وعشر التجار ، جازت . وإن كانت من المسلمين ، ففي جوازها وجهان .

قلت : الأصح المنع . والله أعلم .

وإذا فسدت ولاية العامل ، وقبض المال مع فسادها ، برىء الدافع ، لبقاء الاذن . فلو نهي عن القبض بعد فسادها لم يبرأ الدافع إليه إن علم النهي . وإن جهله ، فوجهان ، كالوكيل .

قلت : قال الماوردي : إذا تأخر العطاء عن المثبتين في الديوان عند استحقاقهم ، وكان المال حاصلاً ، فلهم المطالبة كالديون . وإن أعوز بيت المال ، كانت أرزاقهم ديناً على بيت المال ، وليس لهم مطالبة ولي الأمر به . قال : وإذا أراد ولي الأمر إسقاط بعضهم لسبب ، جاز ، وبغير سبب ، لا يجوز . وإذا أراد بعضهم إخراج نفسه من الديوان ، جاز إن استغنى عنه ، ولا يجوز مع الحاجة ، إلا أن يكون

---

(١) في ط المسألة الرابعة .

معذوراً . قال : وإذا جرد الجيش للقتال ، فامتنعوا وهم أكفاء من حاربهم ، سقطت أرزاقهم . وإن ضعفوا عنه ، لم تسقط . وإذا جُرِّد أحدهم لسفر ، أعطي نفقة سفره إن لم يدخل في تقدير عطائه ، ولم يعط إن دخل فيه . وإذا تلف سلاحه في الحرب ، أعطي عوضه إن لم يدخل في تقدير عطائه ، وإلا ، فلا . والله أعلم .

الباب الثاني في الغنيمة

وقد ذكرنا ، أنها المال الذي يأخذه المسلمون من الكفار بإيجاف الخيل والركاب[١] قال البغوي : سواء ما أخذناه من أيديهم قهراً وما استولينا عليه بعدما هزمناهم في القتال وتركوه .

وحِلّ الغنيمة مختص بهذه الامة زادها الله شرفاً ، وكانت في أول الاسلام لرسول الله ﷺ خاصة ، يصنع فيما ما يشاء ، وعليه يحمل إعطاؤه ﷺ من لم يشهد بدراً ، ثم نسخ ذلك ، فجعل خمسها مقسوماً خمسة أسهم كالفيء[٢] ، قال الله تعالى : ﴿ **واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه ، وللرسول ، ولذي القربى ، واليتامى والمساكين ، وابن السبيل . . .** ﴾[٣] وجعل أربعة أخماسها للغانمين .

ويعرض في أموال الغنيمة النفل والرضخ والسلب والقسمة ، ويحصل بيانها في أربعة أطراف .

---

(١) قال الشيخ البلقيني : ينبغي أن يقال في تفسير الغنيمة انها المال المختص الذي يأخذه المسلمون من الكفار الحربيين بإيجاف الخيل والركاب والرجالة أو بالسرقة غير مملوك لمسلم ولا ذمي ، فأما ما يأخذه المسلمون من الكفار وقد كان الكفار أخذوه من مسلم أو ذمي بالاستيلاء أو بالايداع أو بالاستعارة فلا يملكه المسلمون يستوي في ذلك الجماد والحيوان الآدمي وغيره ويستوي في الادمي أم الولد والمدبره وغيرهما ، وعند أبي حنيفة يملك الكفار ما أخذوه للمسلمين وجازوه غير المستولدة والمدبرة واحتج الشافعي عليهم بناقة النبي ﷺ التي أخذها الكفار ثم إن المراة احضرتها ونذرت ان نجاها الله أن تذبحها ولم يمض رسول الله ﷺ نذرها ولا خمس الناقة . انتهى .

وقدمت في أول الباب الأول معظم ما ذكره الشيخ لكن عبارة الشيخ حسنة فأحببت ذكرها . (قاله البكري) .

(٢) قال الشيخ جلال الدين البلقيني لا يصح التشبيه بالفيء لأن الغنيمة خمسها مقسوم بظاهر النص ، وأما الفيء فكله مقسوم على خمسه بظاهر النص ولذلك وقع فيه الخلاف .

(٣) سورة الأنفال : الآية ٤١ .

الأول : النَّفَل بفتح النون والفاء[١]، وهو زيادة مال على سهم الغنيمة ، يشرطه الامام أو أمير الجيش لمن يقوم بما فيه نكاية زائدة في العدو ، أو توقُّع ظفر ، أو دفع شر ، وذلك كالتقدم على طليعة ، أو التهجم على قلعة ، أو الدلالة عليها ، وكحفظ مكمن ، وتجسس حال وشبهها . وإنما ينفّل إذا مست حاجة لكثرة العدو وقِلّة المسلمين ، واقتضى الحال بعث السرايا وحفظ المكامن ، ولذلك نفَّل رسول الله ﷺ في بعض الغزوات دون بعض . ثم الكلام فيمن شرط له ، وفي محل المشروط وقدره .

أما الأول ، فيجوز كونه شخصاً معيناً وجماعة ، ويجوز أن يطلق فيقول : من فعل كذا فله كذا .

وأما محله ، فيجوز أن يشرط النَّفَل من مال المصالح المرصدة ببيت المال ، وحينئذٍ يشترط كونه معلوماً ، ويجوز أن يشرطه مما سيغنم ويؤخذ من الكفار في هذا القتال ، وحينئذٍ يذكر جزءاً كثلث أو ربع وغيرهما ، ويحتمل الجهالة للحاجة ، وإذا نفَّل من الغنيمة ، فمم ينفَّل ؟ فيه أوجه ، ويقال : أقوال . أصحها : من خمس خمسها . والثاني : من أصلها . والثالث : من أربعة أخماسها .

وأما قدره ، فليس له حد مضبوط ، فيجتهد الإمام ويجعله بقدر العمل وخطره ، وقد صح في كتاب الترمذي وغيره ، أن النبي ﷺ كان ينفّل في البدأة الربع ، وفي الرجعة الثلث[٢]، وفي رواية الترمذي « القفول » بدل « الرجعة » ، وقيل : البدأة : السرية الأولى ، والرجعة : الثانية . وقال الجمهور : البدأة : السرية

---

(١) حكي عن الشيخ أيضاً إسكان الفاء أيضاً .

(٢) (أخرجه الترمذي ٤/١١٠ كتاب السير/ باب في النفل حديث (١٥٦١) .
وروي عن حبيب بن مسلمة الفهري قال : شهدتُ النبي ﷺ نفل الربع في البدأة والثلث في الرجعة .
(أخرجه سعيد بن منصور في السنن ٢/٢٦٢ كتاب الجهاد ، باب النفل والسلب ـ حديث (٢٧٠٢)
(وأخرجه أحمد في المسند ٤/١٦٠) ، وأبو داود في السنن ٣/١٨٢ ـ ١٨٣ كتاب الجهاد / باب فيمن قال الخمس قبل النفل حديث (٢٧٥٠) واللفظ له (وابن ماجة في السنن ٢/٩٥١ ـ ٩٥٢ ـ كتاب الجهاد/ باب النفل) ، وقوله في البدأة بفتح فسكون أي ابتداء سفر الغزو .
وعن حبيب بن مسلمة الفهري أن رسول الله ﷺ كان يُنفل الربع بعد الخمس ، والثلث بعد الخمس إذا قفل . أخرجه أحمد في المصدر السابق والدارمي في السنن ٢/٢٢٩ . كتاب السير/ باب : النفل =

التي يبعثها الإمام قبل دخوله دار الحرب مقدمة له ، والرجعة : التي يأمرها بالرجوع بعد توجّه الجيش إلى دار الإسلام . ونقص البدأة ، لأنهم مستريحون لم يطل بهم السفر ، ولأن الكفار في غفلة ، ولأن الإمام من ورائهم يستظهرون به ، والرجعة بخلافهم في كل ذلك . واختلفوا في المراد بالحديث بحسب اختلافهم في محل النفل ، فقيل : المراد ، ثلث خمس الخمس ، أو ربعه . وقيل : ثلث الجميع ، أو ربعه . وقيل : ثلث أربعة أخماسها ، أو ربعها . وقيل : المراد : أنه يزاد نصيب كل شخص من الغنيمة مثل ثلثه أو ربعه ، ويجوز الزيادة على الثلث ، والنقص عن الربع بالاجتهاد .

فرع : إذا قال الأمير : من أخذ شيئاً فهو له ، لم يصح شرطه على الأظهر[١] .

فرع : من ظهر منه في الحرب مبارزة وحسن إقدام وأثر محمود ، أعطي سهمه ، وزيد من سهم المصالح ما يليق بالحال .

الطرف الثاني : في الرضخ .

فالصبي ، والعبد ، والمرأة ، والخنثى ، والزمن ، والذمي ، لا يسهم لهم ، لكن يرضخ لهم ، وهذا الرضخ مستحق على المشهور . وفي قول : مستحب . ويجتهد الإمام في قدره ، ولا يبلغ به سهم راجل إن كان من يرضخ له راجلاً . وإن كان فارساً ، فوجهان بناءً على أنه هل يجوز أن يبلغ تعزير الحرِّ حد العبيد ؟ وبالمنع قطع الماوردي[٢] . وسواء حضر العبد بإذن سيده ، والصبي بإذن وليه ، والمرأة بإذن

= بعد الخمس . وأبو داود في المصدر السابق حديث (٢٧٤٩) واللفظ له . وابن ماجة في المصدر السابق حديث (٢٨٥١) والحاكم في المستدرك ٢/٢٣ وقال : صحيح الإسناد ووافقه الذهبي وقوله إذا قفل أي رجع من الغزو .

(١) قال في الخادم : أطلق القول الأول أي المقابل للأظهر ، ومحله كما قال الإمام أنه قضية كلامهم قبل الحيازة . أما التنفيل بعد حيازة المغانم فغير سائغ قطعاً وفي الحاوي والحلية والكافي أنه قبل الوقعة .

(٢) قضية البناء ترجيح الجواز لكنه قال : إن الماوردي قطع بالمنع . قال في الخادم : لكنه ـ يعني الماوردي رجح في كتاب السير أنه يبلغ به سهم ـ راجل ولا يبلغ به سهم فارس . وكذا نقله عن صاحب البحر هناك ـ ثم قال ـ أعني الزركشي ـ : وهذا الذي رجحه الماوردي هو الذي أجاب به الإمام . وقضية كلام الدارمي أنه المنقول إلى آخر ما ذكره .

زوجها ، أم بغير إذنهم . وإن حضر الذمي بغير إذن الإمام ، لم يستحق شيئاً على الصحيح ، بل يعزِّره الإمام آن ذلك . وإن حضر بإذنه ، فإن كان استأجره ، فله الأجرة فقط وإلا ، فله الرضخ على الصحيح . وقيل : لا شيء له . وقيل : إن قاتل ، استحق ، وإلا ، فلا . وإذا حضر نساء أهل الذمة بإذن الإمام ، فلهن الرضخ على الأصح .

فرع : يفاوت الإمام بين أهل الرضخ بحسب نفعهم ، فيرجِّح المقاتل ومَن قتاله أكثر على غيره ، والفارس على الراجل ، والمرأة التي تداوي الجرحى وتسقي العطاش على التي تحفظ الرحال ، بخلاف سهم الغنيمة ، فإنه يستوي فيه المقاتل وغيره ، لأنه منصوص عليه . والرضخ بالاجتهاد ، كدية الحر وقيمة العبد

فرع : في محل الرضخ للعبيد والصبيان والنساء ، ثلاثة أقوال . أظهرها : من أربعة أخماس الغنيمة . والثاني : من أصلها . والثالث : من خمس الخمس ، وأهل الذمة كالعبيد على المذهب . وقيل : يرضخ لهم من خمس الخمس قطعاً . وحيث رضخنا من أصل الغنيمة يبدأ به كالسلب ، ثم يقسم الباقي خمساً وأربعة أخماس .

فرع : إذا انفرد العبيد والنساء والصبيان بغزوة وغنموا ، خُمِّست . وفي الباقي أوجه . أصحها : يقسم بينهم كما يقسم الرضخ على ما يقتضيه الرأي من تسوية وتفضيل . والثاني : يقسم كالغنيمة ، للفارس ثلاثة أسهم ، وللراجل سهم . والثالث : يرضخ لهم منه ، ويجعل الباقي لبيت المال . وخصص البغوي هذا الخلاف بالصبيان والنساء ، وقطع في العبيد بكونه لسادتهم . وحكى أنه لو سبى مراهقون أو مجانين صغاراً ، حكم بإسلامهم تبعاً لهم[1] . أما إذا كان مع أهل الرضخ واحد من أهل الكمال ، فيرضخ لهم ، والباقي لذلك الواحد .

فرع : لا يخمس ما أخذه الذميون من أهل الحرب ، لأن الخمس حق يجب على المسلمين كالزكاة[2] .

---

(١) أقره عليه وهي مسألة حسنة متعلقة بباب اللقيط .

(٢) ما جزم به الشيخ نقله الداركي عن نص الشافعي ، لكن الشيخ قال في باب زكاة المعدن أنا إذا أوجبنا =

فرع : من قاتل من أهل الكمال أكثر من غيره ، رضخ له مع السهم ، كذا ذكره المسعودي والبغوي ، ومنهم من ينازع كلامه فيه . وقيل : يزاد من سهم المصالح ما يليق بالحال .

فرع : لو زال نقص أهل الرضخ ، فعتق العبد ، وأسلم الكافر ، وبلغ الصبي قبل انقضاء دار الحرب ، أسهم لهم . وإن كان بعد انقضائها ، فقد أطلق الماوردي أنه ليس لهم إلاّ الرضخ ، وينبغي أن يجيء فيما بين انقضاء الحرب وحيازة المال ، الخلاف الآتي فيمن حضر في هذا الحال .

الطرف الثالث : في السَّلَب .

هو للقتال ، والكلام في سبب استحقاقه ومستحقه ونفسه وكيفية إخراجه من الغنيمة . أما سبب استحقاقه ، فقال في « الوسيط » في ضبطه : هو ركوب الغرر في قهر كافر مقبل على القتال بما يكفي شره بالكلية ، وفيه قيود .

أحدها : ركوب الغرر ، فلو رمى من حصن أو من وراء الصف كافراً ، وقتله ، لم يستحق سلبه ، وكذا لو رمى من صف المسلمين إلى صف الكفار ، فقتل رجلاً .

القيد الثاني : إقبال الكافر على القتال ، وليس المراد اشتغاله بالقتال حين قتله ، لأنهما لو تقاتلا زماناً ثم هرب فقتله المسلم في إدباره ، قال الأصحاب : استحق سَلَبه . ولا يشترط أيضاً أن تكون مقاتلته مع قاتله ، بل لو قصد كافر مسلماً ، فجاء مسلم آخر من ورائه فقتله ، استحق سلَبه ، بل المرعيُّ ما ذكره أصحابنا العراقيون ، أن يقتله مقبلاً أو مدبراً والحرب قائمة . فأما إذا انهزم جيش الكفار فاتَّبعهم فقتل كافراً ، فلا يستحق سلبه ، لأن بهزيمتهم اندفع شرهم ، وما دامت الحرب قائمة فالشر متوقع ، والمولي لا تؤمن كرَّته . ولو قتل كافراً وهو أسير في يده ، أو نائم ، أو مشغول بأكل أو نحوه ، أو مثخن زائل الامتناع ، لم يستحق سلبه .

القيد الثالث : قهره بما يكفي شره بالكلية بقتل ، أو إثخان ، أو إزالة امتناع ، بأن يعميه ، أو يقطع يديه ورجليه . ولا يلحق به قطع يد أو رجل . فلو قطع يديه أو

= الخمس فالمذهب أنه يصرف مصرف الزكاة وفي قول مصرف خمس الخمس فإن قلنا بهذا أخذ من الذمي الخمس وإن قلنا بالمذهب لم يؤخذ منه شيء وهذا يخالف المذكور هنا .

رجليه ، أو يداً ورجلاً ، فهو إثخان على الأظهر ، وهو رواية المزني ، وبه قطع جماعة ولو اشترك جماعة في قتله أو إثخانه ، فالسلَب لهم . وفي وجه : أنه لو وقع بين جماعة لا يرجى نجاته منهم ، لم يختص قاتله بسلبه ، لأنه زال شره بالوقوع بينهم . قال أبو الفرج الزاز : لو أمسكه واحد وقتله آخر ، فالسلب بينهما ، لاندفاع شره بهما ، وكأن هذا فيما إذا منعه الهرب ولم يضبطه . فأما الامساك الضابط ، فإنه أسر ، وقتل الأسير لا يستحق به السلب . ولو أثخنه ، فقتله آخر ، فالسلب للمثخن[١] . ولو جرحه فلم يثخنه ، فقتله آخر ، فالسلب للثاني . ولو أسره ، ففي استحقاقه سلبه قولان . أحدهما : لا ، لأنه لم يدفع كل شره . وأظهرهما : نعم ، لأنه أصعب من القتل وأبلغ في القهر ، ولأن الإمام يتمكن فيه من القتل وغيره . ثم الإمام يتخير في الأسير الذي ليس من الذرية بين القتل والاسترقاق والمن والفداء كما يأتي إن شاء الله تعالى . فإن أرقه ، فهل لمن أسره رقبته ؟ أو فاداه ، هل له مال الفداء ؟ اطرد فيه القولان . وقيل : وجهان . ويشبه أن يكون الأظهر هنا المنع ، لأن اسم السلب لا يقع عليه[٢] .

فرع : لو كان الكافر المقتول امرأة أو صبياً ، إن كان لا يقاتل ، لم يستحق سلبه ، لأن قتله حرام . وإن كان يقاتل ، استحق سلبه على الأصح ، والعبد كالصبي . وقيل : بالاستحقاق قطعاً .

فصل : فأما استحقاق السلب ، فكل من يستحق سهم الغنيمة ، يستحق السلب . والمذهب أن العبد والمرأة والصبي يستحقونه ، ولا يستحقه الذمي على المذهب ، وإذا قلنا : لا تستحق المرأة ، فكان القاتل خنثى ، وقف السلب حتى يتبين . وإذا حضر الذمي بغير إذن الإمام ، فلا سلب له قطعاً ، ولا سلب للمخذِّل

---

(١) هذا إذ كفى شره بإثخانه .

(٢) واعترض عليه ابن الرفعة بأن القولين في تعليق القاضي مبنيان على القولين السابقين وقضيته أن البناء أن يكون الأظهر عند القاضي أن الرقبة والملك للأسير ، وعلى ذلك جرى الجيلي ، وفي النهاية أن الأوجه أن يستحق السلب والرقبة إذا رقت وإن الأظهر أنه لا يستحق المال المفادى به لأنه لم يسلبه ولا هو عين المأسور ، وكلامه في المهذب يدل على أن القولين في الرقبة والمال المفادى به مفرعان على قولنا انه يستحق السلب على هذا جرى الفوراني حيث جزم بأن السلب له وفي رقبته القولان .

قلت : والصواب أن الخلاف قولان فإنهما منصوصان في الأم وكلامه يقتضي ترجيح المنع وقد حكاهما عنه صاحب التقريب والبيهقي في المعرفة . (قاله في الخادم) .

قطعاً . والتاجر إذا قلنا : لا سهم له ، كالصبي .

فصل : وأما نفس السلب ، فما عليه من ثياب بدنه والخف والرانَّين[١] ، وما عليه من آلات الحرب ، كالدرع والمغفر والسلاح ، ومركوبه الذي يقاتل عليه ، وما عليه من سرج ولجام ومقود وغيرها ، وكذا لو كان ممسكاً عنانه وهو يقاتل راجلاً . وفيما عليه من الزينة ، كالطوق ، والسوار ، والمنطقة ، والخاتم ، والهميان ، وما فيه من النفقة ، فقولان . ويقال : وجهان . أحدهما : ليست سلباً ، كثيابه وأمتعته المخلَّفة في خيمته . وأظهرهما : أنها سلب ، لأنها مسلوبة . والجنيبة التي تقاد بين يديه ، فيها هذا الخلاف[٢] . وقيل بالمنع . والأصح ، أنها سلب ، صححه

---

(١) الران كالخف إلا أنه لا قدم له ، وهو أطول من الخف .

(٢) ليس قوله التي تقاد بين يديه قيداً فالتي بجنبه وخلفه إذا كان يقودها كذلك خلافاً لما فهم بعض شراح الحاوي من قوله والجنيبة أمامه . قال في التعليق ، احترز بقوله أمامه عن الجنيبة ورآه واعترض الجيلوني فقال أراد بقوله أمامه جنيبته الحاضرة معه في المعركة ويقودها معه سواء كانت قدامه أو خلفه . واحترز به عن جنيبة تركها في خيمته فإنها لا تكون من السلب . قال : وقد زعم جماعة ممن لم يحققوا الفقه ولم يراجعوا الكتب أنه أشار بقوله أمامه إلى أن التي تقاد من خلفه ليست من السلب . وهو خطأ .
قال الزركشي : وهو كما قال والعجب منه في المهمات حيث جعل هذا التقييد من كلام الرافعي للتوضيح لا للتخصيص وزعم أن صاحب الحاوي جعله للتخصيص وغلط فيه مع أن عبارة الحاوي كعبارة الرافعي والاقلام على تخطئة الأئمة بلا دليل عجيب ، وأخذه من كلام الأذرعي بعد ذلك .
نعم هل يشترط أن يكون هو قائدها أم لا ؟ ظاهر كلام الرافعي والروضة لا فرق بل قولهم بين يديه مصرح بذلك ، وعبارة جماعة منهم ابن الصباغ والعمراني والروياني في الحلية يفهم الأول وبه صرح صاحب التعجيز في شرحه فقال : والجنيبة إن كان ممسكها فعلى وجهين ، فإن لم يكن ممسكاً لم يكن سلباً كسائر ماله الذي ليس معه بيده .
وعبارة المنهاج محتملة للأمرين والظاهر أنه أراد الثاني وإلا لقال يقودها ، والحاصل أن الجنيبة على ضربين .
أحدهما : أن يقودها هو ويقاتل على غيرها فقيل سلب قطعاً وقيل قولان .
الثاني : أن تقاد معه بيد غلامه ، وفيها طريقان أظهرهما وبه جزم الجمهور أنها ليست من السلب ، والثاني : على قولين أو وجهين أرجحهما عندهما أنها سلب ، واعتمد الرافعي هذا الترجيح لأن الروياني وغيره عدوا الجنيبة من السلب .
قال الأذرعي : ولفظ الروياني : والجنيبة التي يمسكها في أصح القولين ، والذي رأيته في الطريقين ما قدمته والرافعي منفرد بالترجيح في التي يقودها غيره وحاصل الضربين ثلاثة أوجه أصحها التفصيل .
انتهى ما أردته منه . وأخذه في الخادم كاملاً ولم يعزه له .

الروياني وغيره . قال أبو الفرج الزاز : فعلى هذا ، لا يستحق إلّا جنيبة واحدة ، فعلى هذا يبقى النظر إذا قاد جنائب في أن السلب ، أيَّتها ، يرجع إلى تعيين الإمام ، أم يقرع ؟

قلت : تخصيص أبي الفرج بجنيبة فيه نظر . وإذا قيل به ، فينبغي أن يختار القاتل جنيبة قتيله ، فهذا هو المختار بل الصواب ، بخلاف ما أبداه الرافعي(١) . والله أعلم .

والحقيبة المشدودة على فرسه ، وما فيها من الدراهم والأمتعة ليست سلباً على المذهب . وقيل : كالمنطقة(٢) .

فصل : وأما كيفية إخراج السلَب ، ففي تخميسه قولان . المشهور : لا يخمس . والثاني : يخمس ، فيدفع خمسه لأهل الخمس ، وباقيه للقاتل ، ثم يقسم باقي الغنيمة .

فرع : لا فرق في استحقاق السلب ، بين أن يقتل كافراً مبارزة ، وبين أن

---

(١) قال في القوت : أما التقييد بواحدة فقد صرح به الأصحاب ممن صرح به شيخهم الشيخ أبو حامد والامام وغيرهما وأبدى الامام لنفسه في تعيين الامام والقرعة احتمالين ثم قال : وقد يخطر للفقيه تخيير القاتل فإن استحقاقه السلب لما أبلاه من البلاء وأبداه من العناء فلا يبعد أن يستحق التعيين . انتهى . واعلم أنه إن كان يقود الجميع وهو بعيد عادة ففيه الاحتمالان فظاهر كلام الامام أن الثالث أخذها وإن كان القتيل يقود واحدة وغلامه الثانية فالوجه تعيين التي هي بيده على المذهب كركوبه . انتهى كلام الأذرعي وجرى عليه في الخادم .

(٢) قال الأذرعي : لم أر بعد الكشف والتنقيب من قطع ولا من رجح أن الحقيبة ليست بسلب مع ترجيحه بأن الجنيبة المقواة بين يديه من السلب بل الحقيبة أولى بكونها سلباً من جنيبة بيد خادم ولهذا رجح مرجحون جعلها سلباً دون الجنيبة وجزم الجرجاني وغيره بعدم دخول الجنيبة ورجح دخول الحقيبة لا يقال الجنيبة معدة للقتال كركوبه لأن الحقيبة قد تعد لذلك بأن يضمنها آلة قتال قد يحتاج إليها من أوتار قسي ونحوها، ويشبه أن موضع الخلاف فيها ما إذا لم يكن يجعلها وقاية لظهره فإن قصد ذلك كانت كالمغفر والترس ، وقد أشار الامام إلى نحو هذا بقوله ان الطوق لا بد أن يكون واقياً بما يستره وأثره في الوقاية بين لا حاجة إلى تقديره بخلاف الخاتم وغيره مما يراد للزينة وأخذ بعضهم من كلامه أنه إن أراد بالطوق الوقاية يسلب قطعاً فيقال مثله في الحقيبة انتهى . وجرى على ذلك في الخادم وأشار إليه بقوله : قال بعض المطلعين وأشار بما تقدم الخ .

ينغمر في صف العدو فيقتله ، ولا بين أن يقول الإمام : من قتل فله السلب وبين أن لا يقول .

الطرف الرابع : في قسمة الغنيمة . من أحكام قسمتها ما يتعلق بهذا الموضع ، ومنها ما يتعلق بكتاب السِّيَر .

فما يتعلق بهذا الباب ، أنه إذا أراد الإمام أو أمير الجيش القسمة ، بدأ بالسلب فأعطاه للقاتل تفريعاً على المشهور أن السلب لا يخمس ، ثم يخرج المؤن اللازمة ، كأجرة حمال وحافظ وغيرها ، ثم يجعل الباقي خمسة أقسام متساوية ، ويأخذ خمس رقاع ، فيكتب على واحدة : لله تعالى أو للمصالح ، وعلى أربع : للغانمين ، ويدرجها في بنادق متساوية ويجففها ، ويخرج لكل قسم رقعة ، فما خرج عليه : سهم الله تعالى ، جعله بين أهل الخمس على خمسة أسهم ، ومنه يكون النفل على الأصح ، ويقسم الباقي على الغانمين ، ويقدم القسمة بين الغانمين على قسمة الخمس ، لأنهم حاضرون محصورون ، ومنها يكون الرضخ على الأظهر . وسواء في القسمة ، المنقول والعقار ، لعموم الآية . ولا تكره قسمة الغنائم في دار الحرب .

قلت : هذه العبارة ناقصة ، فالصواب أن يقال : يستحب قسمتها في دار الحرب ، كما قاله أصحابنا ، بل قد ذكر صاحب « المهذب » وغيره : أنه يكره تأخيرها إلى دار الإسلام من غير عذر . والله أعلم .

فصل فيمن يستحق السهم : من شهد الوقعة بنيَّة الجهاد ، استحقه ، قاتل أو لم يقاتل ، إذا كان ممن يسهم له ، ويتعلق بهذا الأصل صور .

إحداها : من حضر قبل انقضاء القتال ، استحق . وإن حضر بعد حيازة المال ، فلا . وإن حضر بعد انقضائه ، وقبل حيازة المال ، فقولان . وقيل : وجهان . أظهرهما : لا يستحق . والثاني : بلى . وقيل : إن خيف رجعة الكفار ، استحق . وإلا ، فلا . ولو أقاموا على حصن وأشرفوا على فتحه ، فلحق مدد قبل الفتح ، شاركوهم . وإن فتحوا ودخلوا آمنين ، ثم جاء المدد ، لم يشاركوهم .

الثانية[1] : غاب في أثناء القتال منهزماً ولم يعد حتى انقضى القتال ، فلا حقَّ

(١) في ط الصورة الثانية .

له . وإن عاد قبل انقضائه ، استحق من المحوز بعد عوده دون المحوز قبل عوده ، كذا ذكره البغوي ، وقياسه أن يقال فيمن حضر قبل انقضاء القتال ، لا حق له في المحوز قبل حضوره . كذا نقله أبو الفرج الزاز عن بعض الأصحاب ، وإن كنا أطلقناه في الصورة السابقة .

قلت : هذا الذي نقله أبو الفرج متعين ، وكلام من أطلقه محمول عليه . والله أعلم .

وإن ولى متحرِّفاً لقتال أو متحيزاً إلى فئة ، استحق على تفصيل مذكور في « كتاب السّير » ومن هرب ثم ادعى أنه كان متحرِّفاً أو متحيزاً ، قال الغزالي : يصدق بيمينه . وقال البغوي : إن لم يعد إلاّ بعد انقضاء القتال ، لم يصدق ، لأن الظاهر خلافه[1] . وإن عاد قبله ، صدق بيمينه . فإن حلف ، استحق من الجميع . وإن نكل ، لم يستحق إلاّ من المحوز بعد عوده .

قلت : الذي قاله البغوي أرجح . والله أعلم .

الثالثة : مات بعضهم قبل الشروع في القتال ، فلا حق لهم . ولو مات فرسه أو سرق أو عار أو خرج من يده ببيع أو هبة ونحوهما ، لم يستحق سهم الفرس . وفيما إذا عار وجه ضعيف . ولو مات رجل بعد انقضاء الحرب وحيازة المال ، انتقل حقه إلى ورثته . ولو مات فرسه في هذه الحال ، استحق سهم الفرس . ولو مات الرجل بعد انقضاء الحرب وقبل الحيازة ، انتقل حقه إلى ورثته على الأصح . ولو مات فرسه في هذا الحال استحق سهم الفرس على الأصح . ولو مات في أثناء القتال ، سقط حقه على المنصوص . ونصّ في موت الفرس في هذا الحال أنه يستحق سهم الفرس . وللأصحاب طرق . أصحها : تقرير النصين ، لأن الفارس متبوع ، والفرس[2] تابع . وقيل : قولان فيهما . وقيل : إن حيز المال بقتال جديد ، فلا استحقاق فيهما . وإن أفضى ذلك القتال إلى الحيازة ، استحق فيهما .

---

(١) وفيما قاله نظر لأنه قد يكون له عذر الانقطاع .

(٢) في ط الفارس .

الرابعة[1] : إذا شهد الوقعة صحيحاً ، ثم مرض مرضاً لا يمنع القتال ، كالحمى الخفيفة والصداع ، أو مرضاً يرجى زواله ، لم يبطل حقه . وإن كان غير ذلك ، كالزمانة والفالج ، ففي بطلان حقه قولان أو وجهان . أظهرهما : لا يبطل . ولو جرح[2] في الحرب ، استحق على المذهب[3] . ثم الأكثرون أطلقوا القول في رجاء الزوال وعدمه . وحكي عن بعض أصحاب الإمام أن المعتبر رجاء الزوال قبل انجلاء القتال[4] . وإذا لم يستحق المريض ، رضخ له . والمرض بعد انقضاء القتال وقبل حيازة المال ، على الخلاف السابق .

الخامسة[5] : المخذِّل للجيش ، يمنع الخروج مع الناس وحضور الصف . فإن حضر ، لم يعط سهماً ولا رضخاً . ولا يلحق الفاسق بالمخذِّل على الصحيح ، وقيل : يلحق ، لأنه لا يؤمَن تخذيله .

قلت : كذا قطع الجمهور ، أن المخذِّل لا رضخ له . وقال الجرجاني في « التحرير » : إن حضر بإذن الإمام ، رضخ له[6] . والله أعلم .

فصل : بعث الإمام أو أمير الجيش سرية إلى دار الحرب وهو مقيم ببلده ، فغنمت ، لم يشاركها الإمام ومن معه من الجيش .

قلت : سواء كانت دار الحرب قريبة من الإمام ، أم لا . حتى لو بعث سرية ، وقصد الخروج وراءها ، فغنمت السرية قبل خروجه ، لم يشاركها وإن قربت دار

---

(١) في ط الصورة الرابعة .

(٢) في ط خرج .

(٣) قال في الخادم : ليس في الرافعي ترجيح في هذه الصورة . انتهى. وعبارة الرافعي : ولو جرح في الحرب ففي التهذيب ينزل منزلة المرض فينظر في الجراحة والمرض إن قلنا يستحق المريض فالمجروح أولى وإلا ففيه خلاف وأقره وقضيته ترجيح الاستحقاق فأبرزه الشيخ في الروضة .

(٤) قال في الخادم : عجب حكايته عن بعض أصحاب الامام وهو مصرح به في النهاية . ثم ساق لفظها .

(٥) في ط الصورة الخامسة .

(٦) قال في الخادم : وعجب حكايته عن التحرير وهو في الرافعي في كتاب السير وقد صرح به في الروضة هناك .

قال : أعني صاحب الخادم وشمل إطلاقه ما لو قتل كافراً وهو قضية ما سبق أنه لا يستحق سلبه لأنه ضرر كله ونحن إنما نسهم أو نرضخ لمن ينفع ولا يضر .

الحرب ، لأن الغنيمة للمجاهدين ، وقبل الخروج ليسوا مجاهدين . والله أعلم .

ولو بعث سريتين إلى جهتين ، لم تشارك إحداهما الأخرى . فلو أوغلتا في ديار الكفار ، والتقتا في موضع ، اشتركتا فيما غنمتا بعد الاجتماع . ولو بعثهما إلى جهة واحدة ، فإن أمّر عليهما أميراً واحداً ، أو كانت إحداهما قريبة من الأخرى ، بحيث تكون كل واحدة عوناً للأخرى ، اشتركتا ، وإلا ، فلا . ولو دخل الإمام أو الأمير دار الحرب ، وبعث سرية في ناحية ، فغنمت ، شاركهم جيش الإمام . ولو غنم الجيش ، شاركته السرية ، لاستظهار كلّ بالآخر . ولو بعث سريتين إلى جهة ، اشترك الجميع فيما يغنم كل منهم . ولو بعثهما إلى جهتين ، فكذلك على الصحيح . وقيل : لا شركة بين السريتين هنا . ثم ذكر ابن كج والإمام أن شرط الاشتراك أن يكونوا بالقرب مترصدين للنصرة . وحد القرب : أن يبلغهم الغوث والمدد منهم إن احتاجوا ، ولم يتعرض أكثر الأصحاب لهذا ، واكتفوا باجتماعهم في دار الحرب .

قلت : هذا المنقول عن الأكثرين ، هو الأصح أو الصحيح . والله أعلم .

فعلى الأولى ، لو كانت إحداهما قريبة ، والأخرى بعيدة ، اختصت القريبة بالمشاركة

فرع : بعث الإمام جاسوساً ، فغنم الجيش قبل رجوعه ، شاركهم على الأصح ، وبه قال الداركي ، لأنه فارقهم لمصلحتهم ، وخاطر بما هو أعظم من شهود الوقعة .

فصل : إذا شهد الأجير مع المستأجر الوقعة ، نظر ، إن كانت الإجارة لعمل في الذمة بغير تعيين مدة ، كخياطة ثوب وبناء حائط ، استحق السهم قطعاً . وإن تعلقت بمدة معينة ، بأن استأجره لسياسة الدواب وحفظ الأمتعة شهراً ، فنقل الغزالي والبغوي : أنه إن لم يقاتل ، فلا سهم له ، وإن قاتل فثلاثة أقوال . وأطلق المسعودي وآخرون الأقوال من غير فرق بين أن يقاتل ، أو لا . وكذلك أطلقها الشافعي رضي الله عنه في « المختصر » . أظهرها : له السهم ، لحضور الوقعة . والثاني : لا . وعلى هذين ، يستحق الأجرة بمقتضى الإجارة . والثالث : يخيَّر بين الأجرة والسهم . فان اختار الأجرة ، فلا سهم . وإن اختار السهم ، فلا أجرة . قال صاحب

« الافصاح » : هذا الثالث هو فيما إذا استأجر الإمام لسقي الغزاة وحفظ دوابهم من سهم الغزاة من الصدقات ، فيخيِّره الإمام . أما أجير آحاد الناس ، فلا يجيء فيه هذا القول ، لأن الإجارة لازمة ، إلا أن يكون الجاري بينهما صورة جعالة . وقال الأكثرون : يجري القول الثالث في كل أجير ، كما أطلقه الشافعي رحمه الله ، لأن لزوم الإجارة لا يختلف[1] . ثم على الثالث ، إذا اختار السهم ، ففيما يسقط من الأجرة وجهان . أحدهما : قسطها من وقت دخول دار الحرب . وأصحهما : من وقت شهود الوقعة . وأما وقت تخييره ، فنقل في « الشامل » عن الأصحاب أنهم قالوا : يخيَّر ، إما قبل القتال ، وإما بعده . فيقال قبله : إن أردت القتال ، فاطرح الأجرة ، وإن أردت الأجرة فاطرح الجهاد . ويقال بعده : إن كنت قصدت الجهاد ، فلا أجرة لك ، وإن كنت قصدت الأجرة ، فخذها ولا سهم لك . والمراد أنه يحصل الغرض بكل واحد منهما ، إلا أنه يخيَّر في الحالتين جميعاً .

فرع : إذا أسهمنا للأجير ، فله السلب إذا قتل . وإن لم نسهم ، فوجهان . وعلى هذا ، يرضخ له على الصحيح كالعبد . وقيل : لا ، لأنه لم يسهم له ، وهو من أهله ، بخلاف العبد .

فرع : هذا المذكور في الأجير لغير الجهاد . فأما الأجير للجهاد ، ففي صحة استئجار الذمي والمسلم كلام يأتي في « السِّيَر » إن شاء الله تعالى . فإن صحت الإجارة ، فله الأجرة ، ولا سهم ولا رضخ ، وإلا ، فلا أجرة . وفي سهم الغنيمة وجهان . أحدهما : يستحقه ، لشهوده الوقعة . والثاني : المنع ، وبه قطع البغوي ، قاتل ، أم لا ، لأنه أعرض عنه بالإجارة .

فصل : تجار العسكر وأهل الحرف ، كالخياطين ، والسراجين ، والبزَّازين ، والبقَّالين ، وكل من خرج لغرض تجارة أو معاملة ، إذا شهدوا الوقعة ، ففي استحقاقهم السهم طرق . المذهب أنهم إن قاتلوا ، استحقوا ، وإلا ، فلا ، وهو ظاهر نصه في « المختصر » . وقيل : بالاستحقاق مطلقاً ، وهو الأصح عند الروياني ، وبالمنع مطلقاً . وإذا لم نسهم لهم ، فلهم الرضخ على الأصح .

---

(١) قال الشيخ البلقيني : ما ذكره الغزالي والبغوي هو الذي يقتضيه كلام الرافعي في المحرر ووافقه عليه في مختصره واقتصر على ما ذكره الشيخ ، فإن الأذرعي والزركشي أطالا في ذلك إطالة عظيمة .

فصل : إذا أفلت أسير من الكفار ، وشهد الوقعة مع المسلمين ، فإن كان من هذا الجيش ، استحق السهم ، قاتل ، أم لا ؟ وإن أسر من جيش آخر ، فهل يستحق لشهوده الوقعة ، أم لا لعدم قصده الجهاد ؟ قولان . ثم قيل بطرد القولين ، قاتل ، أم لا[١] . والمذهب والمنصوص في « المختصر » أنه إذا لم يقاتل ، فإن قاتل ، استحق قطعاً . هذا إذا أفلت قبل انقضاء الحرب وحيازة الغنيمة . فإن أفلت بعد الحرب وقبل الحيازة ، فعلى ما سبق في لحوق المدد . وإن أفلت بعد الحيازة ، قال في « الشامل » : إن قلنا : تملك الغنيمة بالحيازة ، فلا سهم له ، وإلا ، فهو كما لو أفلت قبل الحيازة ولم يقاتل . وإذا لم يسهم له ، ففي الرضخ الخلاف السابق .

فصل : أسلم كافر ، والتحق بجيش الإسلام ، فشهد الوقعة ، يسهم له إن قاتل قطعاً ، وكذا إن لم يقاتل على الصحيح ، لأنه قصد إعلاء كلمة الإسلام ، وشهد الوقعة . وفي « الرقم » للعبادي : أنه لا يستحق .

فصل : سبق أن الغنيمة يبدأ منها بالسلَب والمؤن ، ثم يقسم الباقي خمسة أقسام ، ويجعل أربعة أخماسها للغانمين ، فيسوَّى بينهم في ذلك ، ولا يفضل بعضهم إلّا بشيئين . أحدهما : النقصان المقتضي للرضخ ، تفريعاً على الأظهر : أنه من أربعة أخماسها . والثاني : أن الفارس يفضل على الراجل ، فيعطى الفارس ثلاثة أسهم ، سهمين لفرسه ، وسهماً له ، ويعطى الراجل سهماً . ويتعلق بهذا الأصل مسائل .

إحداها : راكب البعير ، والفيلِ ، والحمارِ ، والبغلِ ، لا يلحق بالفارس ، لكن يعطى الراكب سهمه ، ويرضخ لهذه الدواب ، ويكون رضخ الفيل أكثر من رضخ البغل ، ورضخ البغل أكثر من رضخ الحمار ، ولا يبلغ رضخها سهم فرس[٢] ، ويرضخ للصبي والذمي الفارسين أكثر مما يرضخ لو كانا راجلين .

الثانية : سواء في الخيل العتيق ، وهو الذي أبواه عربيان ، والبرذون ، وهو

---

(١) سكت الشيخ عن الترجيح وفي الشرح الصغير أظهرهما الاستحقاق .

(٢) قال في الخادم : قضية كلام الأكثرين أنه لا يستحق ما يستحقه الراجل وبه صرح الفوراني والامام ، ولم يحك العلامة نجم الدين بن الرفعة ما قاله الرافعي إلا عن الجيلي خاصة .
قال ـ أعني صاحب الخادم ـ : لكن صرح به في التهذيب فتابعه الرافعي .

الذي أبواه أعجميان ، والهجين ، وهو الذي أبوه عربي وأمه عجمية ، والمقرف ، وهو الذي أبوه عجمي وأمه عربية ، لأن الكر والفرَّ يقع منها كلها ، ولا يضر تفاوتها ، كالرجال . وفي قول شاذ : لا يسهم للبرذون ، بل يرضخ له .

الثالثة : ليتعهد الإمام الخيل إذا أراد دخول دار الحرب ، فلا يدخل إلاّ فرساً شديداً ، ولا يُدخل حُطَماً ، وهو الكسير ، ولا قحماً ، وهو الهرم ، ولا ضرعاً ، وهو الصغير الضعيف ، ولا أعجف رازحاً . والأعجف : المهزول . والرازح : هو بيّن الهزال .

قلت : القحم ، بفتح القاف وإسكان الحاء المهملة ، والضرع ، بفتح الضاد المعجمة وفتح الراء أيضاً ، والرازح ، بالراء وبعد الألف زاي مكسورة ثم حاء مهملة ، وضبطتُ هذه الألفاظ ، لأنها في كلام الشافعي وكتب الأصحاب رحمهم الله ، ورأيت من صحَّفها فأردت السلامة . والله أعلم .

فلو أدخل بعضهم شيئاً منها ، نظر إن نهى الإمام عن إدخاله وبلغه النهي ، لم يسهم لفرسه ، وإن لم ينه ، أو لم يبلغه النهي ، فقولان . أحدهما : يسهم له كالشيخ الضعيف . وأظهرهما : لا ، لأنه لا فائدة فيه ، بل هو كَلٌّ ، بخلاف الشيخ فإنه ينتفع برأيه ودعائه . وقال الشيخ أبو إسحاق : لا خلاف في المسألة ، بل القول الأول محمول على ما إذا أمكن القتال عليه ، والثاني إذا لم يمكن .

الرابعة[1] : من حضر بفرسين ، لم يسهم إلا لواحد على المذهب ، وبه قطع الجمهور . وحكى بعضهم قولاً أنه يسهم لفرسين ولا يزاد .

الخامسة[2] : يسهم للفرس المستعار والمستأجر ، فيكون السهم للمستعير والمستأجر . وحكي وجه : أنه للمعير . وأما الفرس المغصوب ، فالمذهب أنه يسهم له ، ويكون سهمه للغاصب . وقيل : للمغصوب منه[3] . وقيل : لا يسهم له ، لأن

---

(١) في ط المسألة الرابعة .

(٢) في ط المسألة الخامسة .

(٣) قال الأذرعي : هذا في مالك لم يشهد الواقعة فأما شاهدها المسلم الكامل فسهما فرسه له للغاصب ولا لمن وجده ضائعاً أو عاثراً فجاهد عليه . انتهى ما أردته وجرى عليه في الخادم وعزاه للماوردي والقاضي حسين .

إحضاره حرام ، فهو كالمعدوم .

السادسة[١] : إذا كان القتال في ماءٍ أو حصن وقد أحضر فرسه ، أسهم لفرسه ، لأنه قد يحتاج إلى الركوب ، نص عليه ، وحمله ابن كج على ما إذا كانوا بالقرب من الساحل ، واحتمل أنه يخرج ويركب . فإن لم يحتمل الحال الخروج ، فلا معنى لاعطاء سهم الفرس .

السابعة[٢] : حضر اثنان بفرس مشترك بينهما ، فهل يعطى كل منهما سهم فرس ، لأن معه فرساً قد يركبه ، أم يعطيان سهم فرس واحد مناصفة ، أم لا يعطيان للفرس شيئاً لأنه لم يحضر واحد منهما بفرس تام ؟ فيه أوجه .

قلت : لعل الأصح المناصفة . والله أعلم .

ولو ركب اثنان فرساً ، وشهدا الوقعة ، فهل لهما ستة أسهم لأنهما فارسان ؟ أم سهمان لأنهما راجلان لتعذر الكرِّ والفرِّ ؟ أم أربعة أسهم ، سهمان لهما وسهمان للفرس ؟ فيه ثلاثة أوجه ، وبالله التوفيق .

قلت : اختار ابن كج في « التجريد » وجهاً رابعاً حسناً أنه إن كان فيه قوة الكرِّ والفرِّ مع ركوبهما ، فأربعة أسهم ، وإلاّ ، فسهمان .

ومن مسائل الباب : لو دخل دار الحرب راجلاً ، ثم حصّل فرساً ببيع أو إعارة أو غيرهما ، وحضر به الحرب ، أسهم له . قال صاحب « العدة » : ولو حضر فارساً ، فضاع فرسه ، فأخذه رجل وقاتل عليه ، فأسهم المقاتل له وللفرس ، كان سهما الفرس لمالكه ، لأنه شهد الوقعة وفرسه حاضر ولم يوجد منه اختيار إزالة يد ، فصار كما لو كان معه ولم يقاتل عليه ، ويفارق المغصوب حيث قلنا : سهم الفرس للغاصب على المذهب ، لأن المالك لم يشهد الوقعة .

ومنها : الأعمى ، والزَّمِن ، ومقطوع اليدين والرجلين ، المذهب : أنه لا يسهم لهم ، لكن يرضخ . وحكى الجرجاني في استحقاقهم السهم قولين[٣] .

---

(١) في ط المسألة السادسة .

(٢) في ط المسألة السابعة .

(٣) وهذا قد صرح به الرافعي في الكلام على الغنيمة لمن شهد الوقعة ، وما حكاه عن الجرجاني هو موجود =

ولو شرط الإمام للجيش أن لا يخمس عليهم ، فشرطه باطل ، ويجب تخميس ما غنموا ، وسواء شرط ذلك لضرورة ، أم لا . وحكى ابن كج وجهاً أنه إن شرطه لضرورة ، لم يخمس ، وهذا شاذ باطل . ولو غزت طائفة بغير إذن الإمام فغنمت ، خمّس على المذهب ، وبه قطع الجمهور . وحكى ابن كج وجهاً : أنه لا يخمس ، وهو باطل . ولو كان معه فرس فلم يركبه ولم يعلم به ، قال ابن كج : لم يسهم له بلا خلاف . قال : ولو علم به ولم يركبه بحال ، فلا سهم له . قال : وعندي يسهم له إذا كان يمكنه ركوبه ولم يحتج إليه[1] . والله أعلم .

= في التحرير وجزم في المعاياة بأنه يسهم للمريض والزمن قال : لأنهم من أهل الجهاد وإنما يسقط للعجز فأشبه المريض إذا حضر الجمعة يعتد به . وكذا قاله صاحب الكافي : إن كان يرجى زوال مرضه أسهم قطعاً وكذا إن لم يرج على الأصح .

(١) فيه أمران :

أحدهما : ذكر قبل هذا بأسطر عن صاحب العدة أنه لو حضر فارساً فضاع فرسه وركبه غيره فالسهم للمالك كما لو كان معه ولم يقاتل عليه ، ولا يظهر فرق بين الصورتين إلا أن يوجد هنا أنه راكب بلا قتال وهناك لم يركبه بالكلية وهو بعيد .

الثاني : ما حكاه عن ابن كج هو قياس ما سبق .

كتاب النِّكاح[1]

وفيه أبواب .

الأول[2] : في خصائص رسول الله ﷺ في النكاح وغيره . قال الأئمة : هي أربعة أضرب .

أحدها : ما اختص به رسول الله ﷺ[3] من الواجبات ، والحكمة فيه زيادة الزلفى والدرجات ، فلن يتقرَّب المتقرِّبون إلى الله تعالى بمثل أداء ما افترض

---

(١) قدم العبادات لأنها أهم ، ثم المعاملات لأن الاحتياج إليها أهم ثم ذكروا الفرائض لأنها نصف العلم كما في الحديث ثم النكاح لأنه يكون بعد استيفاء شهوة البدن ثم الجنايات لأنها تقع بعد استيفاء شهوتي البطن والفرج والنكاح من الشرائع القديمة من لدن آدم عليه السلام وله أثر في الجنة . اسكننا الله إياك وإياه وهو لغة الضم والجمع يقال تنكاحت الأشجار إذا تمايلت وانضم بعضها إلى بعض . وقال ابن فارس يطلق على الوطء وعلى العقد دون الوطء وقال الزجاج يوضع نكح في كلامه للزوم الشيء راكباً عليه ويطلق على الوطء لما فيه من معنى الضم وعلى العقد لأن سببه شرعاً عقد يتضمن إباحة وطء بلفظ النكاح أو تزويج أو ترجمته (المصباح المنير ٢/ ٦٢٤) - (قليوبي وعميرة ٣/ ٢٠٦) .
والأصل فيه كتاب الله تعالى وسنة رسوله ﷺ فأما الكتاب فلقوله تعالى ﴿ **وانكحوا الأيامى منكم** ﴾ وقوله ﷺ فلحديث ابن مسعود رضي الله عنه أنه قال . قال رسول الله ﷺ (يا معشر الشباب من استطاع الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء) .
(البخاري ٩/ ١١٢) في النكاح باب من لم يستطع الباءة فليصم (حديث ٥٠٦٦) و (مسلم ٢/ ١٠١٨) - كتاب النكاح باب استحباب النكاح (حديث ١/ ١٤٠٠) .

(٢) في « ط » الباب الأول .

(٣) جرت عادة أصحاب الشافعي رضي الله عنه في تخصيص هذا الكتاب بذكر الخصائص الشريفة أوّله لأنها في النكاح أكثر منها في غيره .

عليهم[١] .

قلت : قال إمام الحرمين هنا : قال بعض [أصحابنا][٢] الفريضة يزيد ثوابها على ثواب النافلة بسبعين درجة ، واستأنسوا فيه بحديث[٣] . والله أعلم .

فمن ذلك ، صلاة الضحى[٤] ، ومنه الأضحية ، والوتر[٥] ، والتهجُّد[٦] ،

---

(١) أخرجه البخاري عن رسول الله ﷺ قال إن الله تعالى قال : من عادى لي ولياً فقد آذنته بالحرب وماتقرب إليّ عبدي بشيء أحب إليّ مما افترضت عليه وما يزال عبدي يتقرب إليّ بالنوافل حتى أحبه فإذا أحببته كنت سمعه الذي يسمع به وبصره الذي يبصر به ويده التي يبطش بها ورجله التي يمشي بها وإن سألني لأعطينه ولئن استعاذ بي لأعيذنه وما ترددت عن شيء أنا فاعله ترددي عن نفس المؤمن ، يكره الموت وأنا أكره مساءته ولا بد له منه .
أخرجه البخاري من رواية أبي هريرة رضي الله عنه في الصحيح (١١/ ٣٤٠ - ٣٤١) كتاب الرقائق ، باب التواضع ، الحديث .

(٢) في « ط » علمائنا .

(٣) قال في الخادم المراد يزيد أداء ثواب الفريضة على أداء مثلها نافلة بسبعين درجة كما قاله الروياني في البحر ثم قال والحديث المشار إليه بنية الامام في النهاية فقال وتمسكوا بما رواه سلمان الفارسي أن رسول الله ﷺ قال في شهر رمضان من تقرب فيه بخصلة من خصال الخير كان كمن أدى فريضة فيما سواه ومن أدى فريضة فيه كان كمن أدى سبعين فريضة فيما سواه فقابل النفل فيه بالفرض في غيره وقابل الفرض فيه بسبعين فرضاً في غيره فأشعر هذا بأن الفرض يزيد على النفل بسبعين من طريق الفحوى - انتهى . والحديث رواه ابن خزيمة في صحيحه والبيهقي في شعب الإيمان - انتهى ما أردته منه .
قال شيخنا العلامة الحافظ ابن حجر هذا الحديث ضعيف - أخرجه ابن خزيمة قال ولهذا قال النووي واستأنسوا .

(٤) أي عن الصحيح كما سيذكره في آخر كلامه قال الشيخ البلقيني لم تكن الضحى واجبة عليه خلافاً لما جزموا به ففي صحيح مسلم عن عبد الله بن شقيق قال قلت لعائشة رضي الله عنها : أكان النبي ﷺ يصلي الضحى قالت لا إلا أن يجيء من مَغِيبه وذكر أحاديث كثيرة في ذلك واستدل الرافعي للوجوب بحديث كُتِبَ عليّ ركعتا الضحى وهما لكم سنة قال شيخنا الحافظ ابن حجررواه أحمد وأبو يعلى من حديث اسرائيل عن جابر عن عكرمة عن ابن عباس بلفظ أمرت بركعتي الضحى ولم تؤمروا بها وأمرت بالأضحى ولم يكتب عليكم وإسناده ضعيف من أجل جابر الجعفي ثم رواه من طرق كثيرة وضعفها وقال فتلخص ضعف الحديث من جميع طرقه إلى آخر ما ذكره قال في الخادم إذا قلنا بالوجوب فهل كان من الواجب عليه أقل الضحى أو أكثرها أو أدنى كمالها لم يتعرضوا له نعم في رواية أحمد في مسنده وأمرت بركعتي الضحى ولم تؤمروا بها . انتهى وقد تقدم أن شيخنا ابن حجر ضعف قوله ومن الأضحية استدل الرافعي لوجوبها عليه ﷺ بما روي أنه ﷺ قال : « ثلاث كتبت عليّ ولم تكتب عليكم السواك والوتر والأضحية » .

والسواك[١] ، والمشاورة[٢] على الصحيح في الخمسة .

والأرجح : أن الوتر غير التهجد .

قلت : جمهور الأصحاب ، على أن التهجد كان واجباً عليه ﷺ قال القفال : وهو أن يصليَ في الليل وإن قلّ .

= قال شيخنا الحافظ ابن حجر لم أجده هكذا وقال الشيخ البلقيني وأما حديث ثلاث عليّ فرائض وهي لكم تطوع النحر والوتر وركعتا الضحى وفي رواية ركعتا الفجر بدل النحر فهو ضعيف .

(٥) أي عن الصحيح كما ذكر خلاف آخر قال الشيخ البلقيني ليس الوتر واجباً عليه ﷺ خلافاً لما صححوه فقد صح أنه كان ﷺ يوتر على بعيره وبه احتج الشافعي على عدم وجوب الوتر على الأمة فيكون مذهب للشافعي أنه ليس بواجب عليه ﷺ مطلقاً ولا دليل لمن قال كان واجباً عليه ﷺ في الحضر دون السفر. انتهى وإذا قلنا بالوجوب فهل الواجب عليه ﷺ أقل الوتر أم أكمله أم أدناه لم يصرحوا به قال في الخادم والظاهر أن مرادهم الجنس .

(٦) استدل الرافعي للوجوب بقوله تعالى ﴿ ومن الليل فتهجد به نافلة لك ﴾ أي زيادة على الفرائض وبما روي عن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال : «ثلاث هن عليّ فريضة ولكم سنة الوتر والسواك وقيام الليل» قال شيخنا الحافظ ابن حجر أما احتجاجه بالآية الكريمة فسبقه إليه البيهقي ووجهه أن النافلة لغة الزيادة وظاهر الأمر بالتهجد الوجوب قال إمام الحرمين فإن قيل النافلة هي السنة قلنا بل النافلة هنا هي الزيادة وقد قيل ما يزيده العبد من تطوعاته بحرية نقصان مفروضاته وصلاته ﷺ معصومة عن تطرق الخلل إليها فكان تهجده زائداً على مفروضاته وذكر البغوي في تفسيره نحوه لكي يتعقب ذلك بأن مقتضاه أن الرواتب التي واظب عليها ﷺ كانت واجبة في حقه ولا قائل به وفي هذا التعقب نظر لأن الأمر ورد بالتهجد ولم يرد في الرواتب أمر وأما قول الامام أنها الزيادة أي زيادة فرض على الفرض فلا يرد عليها النفل .

قال شيخنا الحافظ المشار إليه وأما الحديث المذكور فإنه ضعيف جداً .

(١) قال في الخادم هل المراد وجوبه في حقه ﷺ في الصلاة أو ما هو أعم من ذلك لم يتعرضوا له نعم في سنن أبي داود أنه عليه الصلاة والسلام أمر بالسواك لكل صلاة وسياق الحديث يخصه بالمفروضة .

(٢) على الصحيح في الخمسة قال في المهمات مقتضاه حكاية الرافعي خلافاً في الخمسة وليس كذلك فقد جزم بوجوب التهجد وإنما حكى وجهاً أنه نسخ في حقه ﷺ كالأمة وهو ما أورده الشيخ أبو حامد ونقل في التوسط عن المجرد للقاضي أبي الطيب أن أبا علي نقل في الافصاح أن الشافعي رضي الله عنه نص على أن قيام الليل كان نافلة له ﷺ .

وقال الشيخ ولي الدين العراقي القائل بأنه منسوخ في حقه لا يجعله واجباً عليه فصح الخلاف في الخمسة ونقل البيهقي في معرفة السنن والآثار النص الشافعي أن المشاورة غير واجبة عليه ﷺ وهذا النقل موافق لما نقله الأذرعي في التوسط قال في الخادم عبارة النهاية مشاورة ذوي الأرحام وقال صاحب التعليقة على الحاوي المشاورة في الأمر مع أهله وأصحابه قال الماوردي وأختلف فيما يشاورهم فقيل في الحرب ومكايدة العدو وقيل في أمر الدين .

وحكى الشيخ أبو حامد : أن الشافعي رحمه الله نص على أنه نسخ وجوبه في حقه ﷺ ، كما نسخ في حق غيره ، وهذا هو الأصح أو الصحيح . وفي « صحيح مسلم » عن عائشة رضي الله عنها ما يدل عليه[1] . والله أعلم .

وكان عليه ﷺ ، إذا رأى منكراً أن يغيِّره ، لأن الله تعالى وعده بالعصمة .

قلت : قد يقال : هذا ليس من الخصائص ، بل كلّ مكلف تمكّن من إزالته ، لزمه تغييره ، ويجاب عنه بأن المراد أنه لا يسقط عنه للخوف ، فإنه معصوم ، بخلاف غيره . والله أعلم .

وكان عليه ﷺ ، مصابرة العدوّ وإن كثر عددهم .

وكان عليه ﷺ ، قضاء دين من مات من المسلمين معسراً . وقيل : كان يقضيه تكرُّماً .

وفي وجوب قضاء دين المعسر على الامام من مال المصالح ، وجهان[2] .

---

(١) ما رجحه المصنف هنا من أن الوتر غير التهجد هو المعتمد لأن قيام الليل يصح بنية مطلقة والوتر لا يصح إلا بنية معينة وقدم المصنف في باب صلاة التطوع أن الصحيح المنصوص عليه في الأم والمختصر أن الوتر يسمى تهجداً. وقيل الوتر غير التهجد فاضطرب الترجيح وقول الشيخ وفي صحيح مسلم عن عائشة رضي الله عنها ما يدل عليه قال الشيخ البلقيني في صحيح مسلم شيئان يدلان عليه أحدهما أخرجه مسلم في باب أوله حديث إذا سكت المؤذن لصلاة الصبح فقال فيه بسنده إلى عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ لم يمت حتى كان كثير من صلاته وهو جالس وبعدهِ عنها ، قالت لما بدن رسول الله ﷺ وثقل عن أكثر صلاته جالساً وبعده ، عن حفصة رضي الله عنها قالت ما رأيت رسول الله ﷺ في سبحته قاعداً أو كان يقرأ بالسورة فيرتلها حتى يكون أطول من أطول منها وبعده عنها بعام واحد أو اثنين وبعده ، عن جابر بن سمرة أن النبي ﷺ لم يمت حتى صلى قاعداً والموضع الثاني بعد هذه الأحاديث بقرب ورقتين من حديث حكيم لما سأل عائشة عن خلق رسول الله ﷺ سألها عن قيام رسول الله ﷺ فقالت تقرأ ﴿يا أيها المزمل﴾ قلت بلى قالت فإن الله عزّ وجلّ افترض قيام الليل في هذه السنة فقام نبي الله ﷺ وأصحابه وأمسك الله خاتمتها اثني عشر شهراً في السماء حتى أنزل الله عزّ وجلّ التخفيف فصار قيام الليل تطوعاً بعد فريضته .

(٢) سكت المصنف عن الترجيح قال في الخادم والراجح عدم وجوب القضاء قال الإمام إنه الأوجه إلى ما ذكره وقيد الإمام محل الوجهين بما إذا صدر منه مطل ظلم به ومات قال فأما إذا لم يملك في حياته ما يؤديه ولم ينسب إلى المطل والتسويف لم يقض دينه من بيت المال لأنه لقي الله تعالى ولا مظلمة عليه قال وحيث أوجبناه فشرطه اتساع المال وفضله عن مصالح الأحياء .

وقيل : كان يجب عليه ﷺ إذا رأى شيئاً يعجبه أن يقول : لبيك إن العيش عيش الآخرة .

وأما في النكاح، فأوجب الله سبحانه وتعالى ﷺ تخيير نسائه بين مفارقته واختياره . وحكى الحناطي وجهاً أن هذا التخيير كان مستحباً ، والصحيح الأول . ولمّا خيرهن، اخترنه والدارَ الآخرة، فحرَّم الله تعالى عليه الله التزويج عليهن والتبدّل بهن مكافأة لهن على حسن صنيعهن ، فقال تعالى : ﴿ **لا يحل لك النساء من بعدُ ولا أن تبدل بهن من أزواج** ﴾[1] ثم نسخ ذلك لتكون المنّة لرسول الله ﷺ بترك التزويج عليهن ، بقوله تعالى : ﴿ **إنا أحللنا لك أزواجك اللاتي آتيت أجورهن** . . . ﴾ الآية[2] وهل حرّم عليه ﷺ طلاقهن بعدما اخترنه ؟ فيه أوجه . أصحهما : لا ، والثاني : نعم . والثالث : يحرم عقب اختيارهن ، ولا يحرم إذا[3] انفصل[4] ولو فرض أن واحدة منهنّ اختارت الدنيا ، فهل كان يحصل الفراق بنفس الاختيار ؟ وجهان . أصحهما : لا . وهل كان جوابهن مشروطاً بالفور ؟ وجهان . أصحهما : لا . فإن قلنا بالفور ، فهل كان يمتدُّ بامتداد المجلس ، أم المعتبر ما يعدّ جواباً في العرف ؟ وجهان . وهل كان قولها : اخترت نفسي ، صريحاً في الفراق ؟ فيه وجهان .

وهل كان يحلُّ له ﷺ التزويج بها بعد الفراق ؟ وجهان .

الضرب الثاني : ما اختص به من المحرّمات ، وهي قسمان .

أحدهما : المحرمات في غير النكاح ، فمنها الزكاة ، وكذا الصدقة على الأظهر[5] وأما الأكل متكئاً ، وأكل الثوم والبصل والكرّاث ، فكانت مكروهة له ﷺ

---

(١) سورة الأحزاب الآية (٥٢) .

(٢) سورة الأحزاب الآية (٥٠) .

(٣) في « ط » أن .

(٤) قال الشيخ البلقيني هذا متعقب فالذي يقتضيه كلام الشافعي في الأم تحريم طلاقهن وبه جزم الماوردي وصححه أبو الفرج الزاز في تعليقه وهو أقرب وإذا طلق واحدة فهل يكون رجعياً أو بائناً وجهان في الحال انتهى .

وقال صاحبه الزركشي ذكر ابن أبي الدم أن العراقيين قطعوا بالتحريم ولم يحكوا سواه .

(٥) قال في الخادم قال صاحب التقريب في كتاب الهبة لم يختلف جواب الشافعي في أن رسول الله ﷺ لم =

على الأصح . وقيل : محرّمة[١] ، ومما عُدَّ من المحرمات ، الخط والشعر ، وإنما يتجه القول بتحريمهما ممن يقول : إنه ﷺ كان يحسنهما . وقد اختلف فيه ، فقيل : كان يحسنهما لكنه يمتنع منهما ، والأصح أنه كان لا يحسنهما .

قلت : ولا يمتنع تحريمهما وإن لم يحسنهما . والمراد تحريم التوصل إليهما[٢] . والله أعلم .

وكان يحرم عليه ﷺ ، إذا لبس لأمَتَه[٣] أن ينزعَها حتى يلقى العدوَّ ويقاتل ،

= يأخذ شيئاً باسم الصدقة تطوعاً أو فريضة إلى آخر ما ذكره وليت الأئمة جزموا بالحرمة مطلقاً وذكر صاحب الخادم أيضاً عن أبي هريرة أن المحرمة عليه صدقة الأعيان فأما العامة كالمساجد ومياه الآبار فلا وقد سبق مثله وأبدى الماوردي وجهاً اختاره أن ما كان فيها ابدالاً متقومة كانت محرمة دون ما كان عليها غير متقوم فتخرج صلاته في المسجد وشربه من ماء زمزم وبئر رومة ومما يحرم عليه ﷺ كما ذكره الرافعي في بابه .

(١) لم يبين المصنف المراد بالاتكاء وعن الخطابي المراد به الجالس المعتمد على وطاء تحته وعن ابن الجوزي أن المراد به المائل على جنب وفسره القاضي عياض في الشفاء بما ذكره الخطابي وأما كراهة الثوم وما ذكر معه فقال في الخادم موضوع الكراهة في النيّ أو المطبوخ فقد صح أنه ﷺ أكل طعاماً فيه بصل وينبغي إلحاق الفجل بالمذكورات فقد ورد التنصيص عليه في معجم الطبراني بالنسبة للتخلف عن الجماعة .

(٢) قال في الخادم قال في البيان ذكر النقاش أن النبي ﷺ ما مات حتى كتب قال والأول أي عدم الكتابة هو المشهور قال صاحب الخادم يشهد للنقاش ما رواه البخاري في عمرة القضاء أن النبي ﷺ صالح سهيل بن عمرو فكتب علي بن أبي طالب الصحيفة هذا ما قضى عليه محمد رسول الله ﷺ فقال سهيل أكتب محمد بن عبد الله فقال ﷺ لعلي رضي الله عنه امحه فقال علي لا أمحوك أبدا فأخذ النبي ﷺ الكتاب فكتب هذا ما قاضى محمد بن عبد الله وفي هذه الكتابة وجوه :

أحدها : أنه ﷺ كتبه وهو لا يعلم ما يكتب فانتظم مراده .

ثانيها : أنه ﷺ أوحي إليه فكتبه عن علم بالكتابة .

ثالثها : أنه ﷺ لكثرة كتابة اسمه بين يديه فعلم ذلك وهذا أضعف الأوجه .

رابعها : أنه أمر من كتب ونسب الفعل إليه تجوزاً ولم يبين الشيخ هل المراد بالشعر إنشاده أو روايته أو أعم من ذلك قال في الخادم وجعل الماوردي والروياني قول الشعر وتعلمه وروايته سواء في التحريم واكتفى بالكتابة القراءة من الكتاب وقال أيضاً أعني صاحب الخادم ما أطلق في الشعر محله في غير الزجر أما الزجر فقال البيهقي أن النبي ﷺ كان يقول وهو مبني على قول الأخفش وغيره من الأدباء أنه ليس بشعر ولو كان شعراً لم يقله النبي ﷺ لقوله تعالى ﴿ **وما علمناه الشعر وما ينبغي له** ﴾ .

(٣) اللأمة بهمزة ساكنة الدرع ويجمع على لأم كثمرة وثمر ولؤم كرطب وهذا الثاني على غير قياس فإنه =

وقيل : كان مكروهاً لا محرّماً . والصحيح الأول . وقيل : بناءً عليه أنه كان لا يبتدىء تطوعاً إلّا لزمه إتمامه[1] .

وكان يحرم عليه ﷺ مدُّ العين إلى ما مُتِّع به الناس ، ويحرم عليه خائنة الأعين ، وهي الإيماء إلى مباح من قتل أو ضرب ، على خلاف ما يظهره ويشعر به الحال . وقال صاحب « التلخيص » : ولم يكن له أن يخدع في الحرب ، وخالفه الجمهور . وفي « الجرجانيات » ذكر وجهين ، في أنه هل كان يجوز له أن يصليَ على من عليه دين ؟ وهل كان يجوز أن يصليَ مع وجود الضامن ؟

قلت : الصواب الجزم بجوازه مع الضامن ، ثم نسخ التحريم ، فكان ﷺ بعد ذلك يصلي على من عليه بدين ولا ضامن له ، ويوفيه من عنده . والأحاديث الصحيحة مصرِّحة بما ذكرته[2] . والله أعلم .

القسم الثاني : المحرمات المتعلقة بالنكاح . فمنها : إمساك من كرهت نكاحه على الصحيح . وقيل : إنما كان يفارقها تكرُّماً .

ومنها : نكاح الكتابية على الأصح ، وبه قال ابن سريج والقاضي أبو حامد

= جمع لؤمة بضم اللام قاله في المهمات قال في الخادم ويعني بها أيضاً السلاح كله كما قال الأزهري وحكاه عنه ابن مالك في كتاب الهمز .

(١) قال الشيخ البلقيني هذا ضعيف ففي سنن الدارقطني عن عكرمة قال قالت عائشة رضي الله عنها دخل عليّ النبي ﷺ فقال عندكم شيء فقلت لا قال : إذاً أصوم . ودخل علي يوماً آخر فقال : عندكم شيء فقلت نعم فقال : إذاً أفطر وإن كنت قد فرضت الصوم قال الدارقطني هذا إسناد حسن صحيح وفيه عن عائشة بنت طلحة عن عائشة أم المؤمنين كان النبي ﷺ يأتينا فيقول هل عندكم شيء غدا فإن قلنا نعم تغدى وإن قلنا لا قال إني صائم وإنه أتانا ذات يوم قد أهدي لنا حيس فقلنا يا رسول الله قد أهدي لنا حيس وإنا قد خبأناه لك قال إني أصبحت صائماً قال الدارقطني وروي من طريق ضعيفة وأدى يوماً مكانه .

(٢) كان رسول الله ﷺ يؤتى بالرجل المتوفى عليه الدين فيسأل : هل ترك لدينه قضاء فإن حدث أنه ترك وفاء صلى عليه وإن قيل لا قال للمسلمين : صلوا على صاحبكم فلما فتح الله عليه الفتوح قام فقال : أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم فمن توفي من المؤمنين فترك ديناً فعلي قضاؤه ومن ترك مالاً فهو لورثته . متفق عليه (أخرجه البخاري في الصحيح ٤/٤٧٧) ، كتاب الكفالة وباب الدين ، الحديث (٢٢٩٨) و(مسلم في الصحيح ٣/١٢٣٧) وكتاب الفرائض وباب من ترك مالاً فلورثته والحديث (١٤/١٦١٩) .

والاصطخري . وقال أبو اسحاق : ليس بحرام ، ويجري الوجهان في التسرِّي بالأمة الكتابية ونكاح الأمة المسلمة ، لكن الأصح في التسرِّي بالكتابية ، الحِلّ . وفي نكاح المسلمة ، التحريم . قالوا : ولو قدر نكاح أمة ، كان ولده منها حرّاً على الصحيح مع تجويزنا جريان الرق على العرب وفي لزوم قيمة هذا الولد وجهان . قال أبو عاصم : نعم . وقال القاضي حسين : لا ، بخلاف ولد المغرور بحَرية أُمه ، لأنه فوت الرق بظنه ، وهنا الرق متعذِّر .

وأما الأمة الكتابية ، فكان نكاحها محرماً عليه على المذهب . وطرد الحناطي فيه الوجهين .

الضرب الثالث : التخفيفات والمباحات . وما أُبيح له ﷺ دون غيره قسمان . أحدهما : متعلق بغير النكاح ، فمنه الوصال في الصوم ، واصطفاء ما يختاره من الغنيمة قبل القسمة من جارية وغيرها[١] ، ويقال لذلك المختار : الصفيّ والصفيّة ، والجمع : الصفايا .

ومنه ، خمس خمس الفيء والغنيمة ، وأربعة أخماس الفيء ، ودخول مكة بغير إحرام ، نقله صاحب « التلخيص » وغيره . ومنه ، أنه لا يورَث ماله . ثم حكى الامام وجهين . أحدهما : أن ما تركه باقٍ على ملكه ، ينفق منه على أهله كما كان ينفق في حياته . قال : وهذا هو الصحيح . والثاني : أن سبيل ما خلَّفه سبيل الصدقات ، وبهذا قطع أبو العباس الروياني في « الجرجانيات » . ثم حكى وجهين في أنه هل يصير وقفاً على ورثته ؟ وأنه إذا صار وقفاً ، هل هو للواقف لقوله ﷺ : « ما تركنا صدقة »[٢] ؟ وجهان .

قلت : كل هذا ضعيف ، والصواب الجزم بأنه زال ملكه ﷺ ، وأن ما تركه فهو صدقة على المسلمين لا يختص به الورثة . وكيف يصح غير ما ذكرته مع قوله ﷺ :

---

(١) قال في الخادم هذا لا يختص بالغنيمة فكان له ذلك من رأس الفيء أيضاً قاله ابن كج في التجريد . قال وهذا إجماع إلا ما قاله أبو ثور إلى آخر ما ذكره .

(٢) متفق عليه من حديث أبي بكر رضي الله عنه (أخرجه البخاري في الصحيح ١٢/٥) وكتاب الفرائض وباب قول النبي ﷺ « لا نورث . . . » والحديث (٦٧٢٦) واللفظ له (وأخرجه مسلم في الصحيح ٣/ ١٣٨٠) وكتاب الجهاد وباب قول النبي ﷺ : لا نورث . . . والحديث (٥٢/ ١٧٥٩) .

« لا نورث ما تركناه فهو صدقة » ؟ فهذا نص على زوال الملك . والله أعلم .

وهذه الخصلة ، عدها الغزالي من هذا الضرب ، وعدها الأكثرون من الضرب الرابع . ومنه ، أنه ﷺ كان له أن يقضيَ بعلمه ، وفي غيره خلاف . وأن يحكم لنفسه ولولده على المذهب ، وأن يشهد لنفسه ولولده ، وأن يقبل شهادة من يشهد له ، وأن يحميَ الموات لنفسه ، وأن يأخذ الطعام والشراب من مالكهما المحتاج إليهما إذا احتاج إليهما ، وعلى صاحبهما البذل ، ويفدي بمهجته مهجة رسول الله ﷺ ، قال الله تعالى : ﴿ النبي أولى بالمؤمنين من أنفسهم ﴾[١] .

قلت : ومثله ما ذكره الفوراني وابراهيم المرّوذي وغيرهما ، أنه لو قصده ظالم ، وجب على من حضره أن يبذل نفسه دونه ﷺ . والله أعلم .

وكان لا ينتقض وضوءه ﷺ بالنوم مضطجعاً ، وحكى أبو العباس فيه وجهاً غريباً ضعيفاً ، وحكى [أيضاً][٢] وجهين في انتقاض طهره باللمس .

قلت : المذهب الجزم بانتفاضه باللمس . والله أعلم .

وحكى أيضاً صاحب « التلخيص » : أنه كان يحل له ﷺ دخول المسجد جنباً ، ولم يسلّمه القفال له ، بل قال : لا أظنه صحيحاً .

قلت : هذا الذي قاله صاحب « التلخيص » ، قد يحتج له بما رواه الترمذي عن عطية[٣] عن أبي سعيد [الخدري][٤] رضي الله عنه قال : قال النبي ﷺ « يا علي لا يحل لأحد يجنب في هذا المسجد غيري وغيرك » قال الترمذي : حديث حسن غريب لا نعرفه إلا من هذا الوجه[٥] . قال الترمذي : قال ضرار بن صرد ،

---

(١) سورة الأحزاب الآية (٦) .

(٢) سقط في « ط » .

(٣) عطية بن سعد بن جنادة العوفي بفتح المهملة وإسكان الواو . الجدلي ـ بفتح الجيم أبو الحسن الكوفي وروى عن أبي هريرة وأبي سعيد بن عباس وروى عنه ابناه عمرو والحسن وإسماعيل بن أبي خالد ومسعر وخلق وضعفه الثوري وهشيم وابن عدي وحسن له الترمذي أحاديث . قال مطين مات سنة احدى عشرة ومائة . (الخلاصة ٢/٢٣٣ ـ ٢٣٤) (٤٨٧٦) .

(٤) سقط في الأصل والمثبت من « ط » .

(٥) (الترمذي ٥/٦٣٩) في المناقب حديث (٣٧٢٧) (وأخرجه أبو يعلى في مسنده ٢/٣١١) حديث =

معناه : لا يحل لأحد يستطرقه جنباً غيري وغيرك ، وهذا التأويل الذي قاله ضرار ، غير مقبول وقال امام الحرمين : هذا الذي قاله صاحب « التلخيص » هو لا يدري من أين قاله ، وإلى أي أصلٍ أسنده . قال : القطع بتخطئته ، وهذا كلام من لم يعلم الحديث المذكور ، لكن قد يقدح قادح في الحديث بسبب عطية ، فإنه ضعيف عند جمهور المحدِّثين ، لكن قد حسنه الترمذي ، فلعله اعتضد بما اقتضى حسنه كما تقرر لأهل هذا الفن ، فظهر ترجيح قول صاحب « التلخيص »[١] .

واعلم أن معظم هذه المباحات ، لم يفعلها ﷺ وإن كانت مباحة لـه [والله أعلم][٢] .

القسم الثاني : المتعلق بالنكاح ، فمنه الزيادة على أربع نسوة . **والأصح** أنه لم يكن منحصراً في تسع ، وقطع بعضهم بهذا ، وينحصر طلاقه ﷺ في الثلاث[٣] ، وينعقد نكاحه ـ بلفظ الهبة ـ ﷺ على الأصح[٤] فيهما . وإذا انعقد بلفظ الهبة ، لم يجب مهر بالعقد ولا بالدخول ، ويشترط لفظ النكاح من جهته ﷺ على الأصح . قال الأصحاب : وينعقد نكاحه ﷺ بمعنى الهبة ، حتى لا يجب المهر ابتداءً ولا انتهاءً ، وفي « المجرد » للحناطي وغيره وجه غريب : أنه يجب المهر . ومنه ، أنه ﷺ لو رغب في نكاح امرأة ، فإن كانت خليَّة ، لزمها الاجابة على الصحيح ، ويحرم على

= (١٠٤٢/٦٩) و (البيهقي في السنن الكبرى ٦٦/٧ في كتاب النكاح) .

(١) لعل مراد صاحب التلخيص بالدخول المكث لأنه المحرم على الأمة ونقل عن البيهقي أنه نبه على أن المحرم أنه هو المكث واعترض على ابن القاص وهذا واضح لا إشكال فيه .
قال الشيخ ولي الدين أي العراقي إذا شاركه ﷺ في ذلك علي رضي الله عنه لم يكن من الخصائص . وقد يقال من الخصائص بالنسبة لباقي الأمة .

(٢) سقط من « ط » .

(٣) أي في الأصح هذا الترجيح من عند المصنف من غير تنبيه على ذلك بل قضية كلام الرافعي ترجيح عدم الحصر .

(٤) أي في هذه الصورة والتي قبلها وهي انحصار طلاقه في الثلاث قال في الخادم اختلفوا هل كان تحته امرأة موهوبة على وجهين بناهما الماوردي والروياني على اختلاف القراءتين في قوله تعالى ﴿ **ان وهبت نفسها للنبي** ﴾ من قرأ بالكسر قال لم يكن وبه قال مجاهد ومن قرأ بالفتح وهو خبر عما مضى قال : كانت عنده وعلى هذا فاختلفوا في تعيينها هل هي خولة بنت حكيم أو ميمونة أو زينب الأنصارية أم شريك : أقوال .

غيره خطبتها . وإن كانت مزوجة ، وجب على زوجها طلاقها لينكحها على الصحيح .

ومنه انعقاد نكاحه ﷺ بغير ولي ولا شهود[١] ، وفي حال الاحرام على الأصح في الجميع . وفي وجوب القسم بين زوجاته ، وجهان . قال الاصطخري : لا . والأصح عند الشيخ أبي حامد والعراقيين والبغوي : الوجوب ، وأكثر هذه المسائل وأخواتها ، تتخرج على أصل اختلف فيه الأصحاب ، وهو أن النكاح في حقه ﷺ ، هل هو كالتسري في حقنا؟ إن قلنا: نعم، لم ينحصر عدد المنكوحات والطلاق[٢]، وانعقد بالهبة ومعناها ، وبلا ولي وشهود ، وفي الاحرام ، ولم يجب القسم ، وإلاّ انعكس الحكم .

وكان له ﷺ تزويج المرأة ممن شاء بغير إذنها ولا إذن وليها ، وتزوجها لنفسه ، وتولّي الطرفين بغير إذنها . لا إذن وليها . قال الحناطي : ويحتمل أنه إنما كان يحل بإذنها ، وكان يحل له نكاح المعتدة على أحد الوجهين .

قلت : هذا الوجه حكاه البغوي ، وهو غلط لم يذكره جمهور الأصحاب ، وغلّطوا من ذكره . بل الصواب القطع بامتناع نكاح المعتدة من غيره . والله أعلم .

وهل كان يلزمه نفقة زوجاته ؟ فيه وجهان بناءً على المهر .

قلت : الصحيح الوجوب . والله أعلم .

وكانت المرأة تحل له ﷺ بتزويج الله تعالى ، لقوله في قصة زينب[٣] امرأة

---

(١) أي على الأصح كما هو في آخر كلامه ، محل الخلاف في غير زينب كما ذكره المصنف في شرحه على مسلم قال : أما زينب فمنصوص عليها .

(٢) قال البكري هكذا في النسخة التي وقعت عليها إن قلنا نعم وهذا هو الصواب الموافق لما في الشرح وفي بعض النسخ إن قلنا لا قال في المهمات وهو سهو وصوابه نعم وهو المذكور في الرافعي .

(٣) أم المؤمنين زينب بنت جحش الأسدية لها أحد عشر حديثاً روى عنها ابن أخيها محمد بن عبد الله وزينب بنت أبي سلمة .

قالت السيدة عائشة رضي الله عنها : ما رأيت امرأة قط خيراً في الدين والتقى وأصدق حديثاً وأوصل للرحم منها . كانت السيدة أم المؤمنين زينب رضي الله عنها أول نسائه (ﷺ) موتاً وهي أول من وضع النعش في الإسلام ـ ماتت سنة عشرين ـ (الخلاصة ٣٨٢/٣) (٦٨) .

زيد[١] : ﴿ **فلما قضى زيد منها وطراً زوجناكها** ﴾[٢] وقيل : بل نكحها بنفسه . ومعنى الآية : أحللنا لك نكاحها .

وهل كان يحل له الجمع بين امرأة وعمتها أو خالتها ؟ وجهان بناءً على أن المخاطب هل يدخل في الخطاب ؟ ولم يكن يحل الجمع بينها وبين أختها وأمها وبنتها على المذهب . وحكى الحناطي فيه وجهين .

وأعتق ﷺ صفية وتزوجها ، وجعل عتقها صداقها[٣] . فقيل : معناه : أعتقها وشرط أن ينكحها ، فلزمها الوفاء ، بخلاف غيره . وقيل : جعل نفس العتق صداقاً ، وجاز ذلك ، بخلاف غيره .

قلت : وقيل : معناه : أعتقها بلا عوض ، وتزوجها بلا مهر لا في الحال ولا في ما بعدُ ، وهذا أصح . والله أعلم .

الضرب الرابع : ما اختص به ﷺ من الفضائل والاكرام ، فمنه أن زوجاته اللاتي توفي عنهنَّ ـ رضي الله عنهن ـ محرمات على غيره أبداً ، وفيمن فارقها في الحياة أوجه . قال ابن أبي هريرة : يحرم ، وهو المنصوص في أحكام القرآن ، لقول الله تعالى : ﴿ **وأزواجه أمهاتهم** ﴾[٤] والثاني ، يحل . والثالث : يحرم الدخول بها فقط . قال الشيخ أبو حامد : هو الصحيح .

قلت : الأول أرجح . والله أعلم .

فإن حرمنا ، ففي أمة يفارقها بالموت أو غيره بعد وطئها وجهان[٥] .

---

(١) زيد بن حارثة بن شراحيل الكلبي اليماني حب رسول الله ﷺ ومولاه كان ممن بادر فأسلم من أول يوم وشهد بدراً وقتل بمؤتة أميراً سنة ثمان ـ قالت عائشة رضي الله عنها لو كان حياً لأستخلفه رسول الله (ﷺ) (الخلاصة ١/٣٥٠) (٢٢٤٨) .

(٢) سورة الأحزاب الآية (٣٧) .

(٣) (وأولم عليها بحيس) .

(أخرجه البخاري ٩/٢٣٢) في النكاح/ باب الوليمة لو بشاة ـ حديث (٥١٦٩) (ومسلم ٢/ ١٠٤٣ ـ ١٠٤٤) في كتاب النكاح باب فضيلة إعتاقه أمته ثم يتزوجها حديث (٨٤/ ١٣٦٥) .

(٤) سورة الأحزاب الآية (٦) .

(٥) سكت المصنف عن الترجيح وقضية الكلام الحاوي الصغير فإن عبارته ومدخولته لغيره ، وهي تشمل =

ولو فرض أن بعض المخيَّرات اختارت الفراق ، ففي حلها لغيره طريقان . قال العراقيون : فيها الأوجه ، وقطع أبو يعقوب الأبيوردي وآخرون بالحل ، لتحصل فائدة التخيير ، وهو التمكن من زينة الدنيا ، وهذا اختيار الامام ، والغزالي .

ومنه ، أن أزواجه أُمهات المؤمنين ، سواء من ماتت تحته ﷺ ، ومن مات عنها وهي تحته ، وذلك في تحريم نكاحهن ووجوب احترامهن وطاعتهن ، لا في النظر والخلوة ، ولا يقال : بناتهن أخوات المؤمنين ، ولا آباؤهن وأُمهاتهن أجداد وجدات المؤمنين ، ولا إخوتهن وأخواتهن أخوال المؤمنين وخالاتهم . وحكى أبو الفرج الزاز وجهاً أنه يطلق اسم الاخوة على بناتهن ، واسم الخؤولة على إخوتهن وأخواتهن ، لثبوت حرمة الأُمومة لهن ، وهذا ظاهر لفظ « المختصر » .

قلت : قال البغوي : كن أُمهات المؤمنين من الرجال دون النساء ، روي ذلك عن عائشة رضي الله عنها[1] ، وهذا جارٍ على الصحيح عند أصحابنا وغيرهم من أهل الأُصول ، أن النساء لا يدخلن في خطاب الرجال . وحكى الماوردي في تفسيره خلافاً في كونهن أُمهات المؤمنات ، وهو خارج على مذهب من أدخلهن في خطاب الرجال . قال البغوي : كان النبي ﷺ أباً للرجال والنساء جميعاً . وقال الواحدي من أصحابنا : قال بعض أصحابنا : لا يجوز أن يقال : هو أبو المؤمنين ، لقول الله تعالى : ﴿ ما كان محمد أبا أحد من رجالكم ﴾[2] .

قال : نص الشافعي على أنه يجوز أن يقال : هو أبو المؤمنين ، أي : في الحرمة . ومعنى الآية : ليس أحد من رجالكم ولد صلبه . والله أعلم .

ومنه ، تفضيل زوجاته على سائر النساء[3] ، وجعل ثوابهن وعقابهن مضاعفاً ،

= الزوجة والامة وصرح به صاحب التعليقة والبارزي .

(١) والخلاف في جمع المذكر السالم هل يتناول الإناث . اتفق الأصوليون على أن الصيغة الخاصة بكل من النوعين لا يدخل فيها النوع الآخر ، فالرجال لا يشمل النساء والنساء لا يشمل الرجال كما اتفقوا على أن الجمع الذي لم تظهر فيه علامة التذكير والتأنيث يعم النوعين مثل الناس واختلفوا في الجامع الذي يتمتع بعلامة التذكير وهو المعروف بجمع المذكر السالم ، فالشافعية والحنفية ذهبوا إلى أنه خاص بالذكور ، وقال الحنابلة وبعض الظاهرية انه يتناول الاناث كالذكور .

(٢) سورة الأحزاب الآية (٤٠) .

(٣) قال في الخادم هل المراد نساء أهل هذه الأُمة أو نساء كلهن . فيه خلاف حكاه الروياني في البحر =

ولا يحل أن يسألهن أحد شيئاً إلّا من وراء حجاب ، ويجوز أن يسأل غيرهن مشافهة .

قلت : وأفضل زوجاته ﷺ ، خديجة ، وعائشة رضي الله عنهما قال المتولي : واختلفوا أيتهما أفضل[١] . والله أعلم .

ومنه ، في غير النكاح ، أنه خاتم النبيين ، صلوات الله وسلامه عليهم أجمعين ، وأُمته خير الأمم ، وشريعته مؤبّدة وناسخة لجميع الشرائع ، وكتابه معجز محفوظ عن التحريف والتبديل ، وأُقيم بعده حجة على الناس ، ومعجزات سائر الأنبياء انقرضت ، ونصر بالرعب مسيرة شهر ، وجعلت له الأرض مسجداً ، وترابها طهوراً ، وأحلت له الغنائم ، ويشفع في أهل الكبائر .

قلت : هذه العبارة ناقصة أو باطلة ، فإن شفاعته ﷺ التي اختص بها ليست الشفاعة في مطلق أهل الكبائر ، فإن لرسول الله ﷺ في القيامة شفاعات خمساً .

أولاهن : الشفاعة العظمى [أهل][٢] في الفصل بين أهل الموقف حين يفزعون إليه بعد الأنبياء ، كما ثبت في الحديث الصحيح ، حديث الشفاعة[٣] .

والثانية : في جماعة ، فيدخلون الجنة بغير حساب .

والثالثة : في ناس استحقوا دخول النار فلا يدخلونها .

والرابعة : في ناس دخلوا النار ، فيخرجون .

والخامسة : في رفع درجات ناس في الجنة ، وقد أوضحت ذلك [كلّه][٤] في « كتاب الايمان » من أول « شرح صحيح مسلم » رحمه الله ، والشفاعة المختصة به ﷺ ، هي الأُولى والثانية ، ويجوز أن تكون الثالثة والخامسة أيضاً . والله أعلم .

ويستثنى من اطلاقه سيدتنا فاطمة ـ رضي الله عنها فهي أفضل نساء العالمين لقوله ﷺ (فاطمة بضعة مني) ولا يعدل ببضعة من رسول الله ﷺ أحد وفي الصحيحين أما ترضين أن تكوني خير نساء هذه الأمة .

(١) ورجح الشيخ السبكي والشيخ البلقيني تفضيل خديجة على عائشة رضي الله عنهما .

(٢) سقط من « ط » .

(٣) انظر حديث الشفاعة في (صحيح مسلم ١/١٨٦) في كتاب الإيمان باب أدنى أهل الجنة ـ حديث (١٩٤/٣٢٧) .

(٤) سقط من الأصل والمثبت من « ط » .

وبعث ﷺ إلى الناس كافة[١] ، وهو سيد ولد آدم[٢] ، وأول من تنشق عنه الأرض ، وأول شافع ومشفَّع ، وأول من يقرع باب الجنة ، وهو أكثر الأنبياء أتباعاً ، وأُمته معصومة لا تجتمع على ضلالة ، وصفوفهم كصفوف الملائكة . وكان لا ينام قلبه ، ويرى من وراء ظهره كما يرى من قُدَّامه ، وتطوُّعه بالصلاة قاعداً كتطوعه قائماً وإن لم يكن عذر ، وفي حقّ غيره ثواب القاعد النصف .

قلت : هذا قد قاله صاحب « التلخيص » ، وتابعه البغوي ، وأنكره القفال ، وقال : لا يعرف هذا ، بل هو كغيره ، والمختار الأول ، لحديث عبد الله بن عمرو ابن العاص رضي الله عنهما قال : « أتيت رسول الله ﷺ فوجدته يصلي جالساً ، فقلت : حدثت يا رسول الله أنك قلت : « صلاة الرجل قاعداً على نصف الصلاة » وأنت تصلي قاعداً : قال : « أجل [ولكني لست كأحد منكم][٣] رواه مسلم في « صحيحه »[٤] . والله أعلم .

ويخاطبه ﷺ المصلي بقوله : السلام عليك أيها النبي ورحمة الله ، ولا يخاطب سائر الناس ، ولا يجوز لأحد رفع صوته فوق صوته ، ولا أن يناديَه من وراء

---

(١) قال الإسنوي في مهماته هذا يتناول الجن فإن الناس يطلق عليهم أيضاً قاله الجوهري .
قال في الخادم هذه العبارة قد لا يشملها الجن ولا الملائكة ولا شك أنه ﷺ مبعوث إلى الجن أيضاً وأما الملائكة فهل دخلوا في دعوته ﷺ . قال الشيخ شهاب الدين الأنصاري هذه مسألة كانت وقعت بين فقهاء مصر مع رجل فاضل ورد من عندهم وقال إن الملائكة ما دخلت في دعوته ﷺ وشنعوا عليه وعن ابن حزم أنه ﷺ بعث إلى الجن والملائكة واستدلوا بقوله تعالى ﴿ ليكون للعالمين نذيراً ﴾ والعالم كله موجود سوى الله تعالى وأما يأجوج ومأجوج فقد دخلوا في الناس فقد قال المصنف في فتاويه هم من بني آدم من حواء عند جماهير العلماء وقيل إنهم من آدم لا من حواء فيكونون اخواننا لأب قال في الخادم وأما إبليس فإن كان رسول الله ﷺ لعنه فقد بلغه وإلا فقد بلغ الجن الذين بلغهم .

(٢) قال صاحب المهمات مذهب أهل السنة أنه أفضل الخلق إنساً وجناً وملائكة . قال في الخادم وأما قوله في الحديث ولا فخر فليس المعنى ولا افتخر بذلك كما ظنه بعضهم بل ولا فخر أكمل من هذا الفخر الذي أعطيته . واختلف في المعنى الذي لأجله قال ﷺ ذلك . قال الزمخشري في فائقه انه قال بحضرة الجماعة من المنافقين ليغيظهم بذلك . وقيل لأنها نعمة من الله منّ الله بها عليه وعلى أُمته التابعين له فافتخر بما آتاه الله تعالى من فضله وإذا ثبت أنه ﷺ أفضل من آدم وولده ثبت أنه أفضل من كل مخلوق لتفضيل جنس البشر عما سواه من المخلوقات .

(٣) في « ط » كأحدكم .

(٤) (مسلم ١/٥٠٧) كتاب صلاة المسافرين / باب جواز النافلة قائماً أو قاعداً حديث (١٢٠/٧٣٥) .

الحجرات ، ولا أن يناديَه باسمه فيقول : يا محمد ، بل يقول : يا رسول الله ، يا نبي الله ، ويجب على المصلي إذا دعاه ، أن يجيبه ، ولا تبطل صلاته . وحكى أبو العباس الروياني وجهاً أنه لا يجب ، وتبطل به الصلاة ، وكان يتبرك ويستشفى ببوله ودمه ، ومن زنا بحضرته أو استهان به ، كفر .

قلت : في الزنا ، نظر . والله أعلم .

وأولاد بناته ينسبون إليه ، وأولاد بنات غيره ، لا ينسبون إليه في الكفاءة وغيرها .

قلت : كذا قال صاحب « التلخيص » وأنكره القفال وقال : لا اختصاص في انتساب أولاد البنات . والله أعلم .

وقال ﷺ : « كل سبب ونسب منقطع يوم القيامة ، إلا سببي ونسبي »[(١)] قيل : معناه : أن أُمته ينتسبون إليه يوم القيامة ، وأُمم سائر الأنبياء لا ينسبون إليهم وقيل : ينتفع يومئذٍ بالنسبة إليه ، ولا ينتفع بسائر الأنساب . وقال ﷺ « تسمّوا باسمي ، ولا تكتنوا بكنيتي »[(٢)] وقال الشافعي رضي الله عنه : ليس لأحد أن يكتنيَ بأبي القاسم ، سواء كان اسمه محمداً ، أم لا ، ومنهم من حمله على كراهة الجمع بين الاسم والكنية ، وجوز الافراد ، ويشبه أن يكون هذا أصح ، لأن الناس ما زالوا يكتنون به في جميع الاعصار من غير إنكار .

---

(١) أخرجه البزاز والحاكم والطبراني من حديث عمر وقال الدارقطني في العلل رواه ابن إسحاق عن جعفر بن محمد عن أبيه عن جده عن عمر وخالفه الثوري وابن عيينة وغيرهما عن جعفر لم يذكروا عن جده وهو منقطع ورواه الطبراني من حديث جعفر بن محمد عن أبيه عن جابر سمعت عمر ورواه ابن السكن في صحاحه عن طريق حسن بن حسن بن علي عن أبيه عن عمر في قصة خطبته أم كلثوم بنت علي ورواه البيهقي أيضاً ورواه أبو نعيم في الحلية عن حديث يونس بن أبي يعفور عن أبيه عن ابن عمر عن عمر ورواه أحمد والحاكم من حديث المسور بن مخزمة رفعه « إن الأنساب تقطع يوم القيامة غير نسبي وصهري » ـ الطبراني في الكبير من حديث ابن عباس ورواه في الأوسط عن طريق إبراهيم بن يزيد الجوزي عن محمد بن عباد بن جعفر سمعت عبد الله بن الزبير يقول : قال رسول الله ﷺ ـ كل نسب وصهر منقطع يوم القيامة إلا نسبي وصهري وإبراهيم ضعيف ورواه عبد الله بن أحمد في زيادات المسند من حديث ابن عمر (تلخيص الخبير ٣/١٩٤) .

(٢) (أخرجه البخاري ٤/٣٣٩) في كتاب البيوع / باب ما ذكر في الأسواق حديث (٢١٢٠) (ومسلم ٣/١٦٨٢) في الآداب باب النهي عن التكني بأبي القاسم (١/٢١٣١) .

قلت : هذا الذي تأوَّله الرافعي واستبدل به فيهما ، ضعيف ، وهذه المسألة فيها ثلاثة مذاهب . أحدها : مذهب الشافعي ، وهو ما ذكره . والثاني : مذهب مالك : أنه يجوز التكني بأبي القاسم لمن اسمه محمد ولغيره . والثالث : يجوز لمن اسمه محمد دون غيره . ومن جوز مطلقاً ، جعل النهي مختصاً بحياة رسول الله ﷺ ، وقد يستدل له بما ثبت في الحديث من سبب النهي ، وأن اليهود تكنَّوا به ، وكانوا ينادون : يا أبا القاسم ، فإذا التفت النبي ﷺ قالوا : لم نعنك ، إظهاراً للإيذاء ، وقد زال ذلك المعنى ، وهذا المذهب أقرب[1] ، وقد أوضحته مع ما يتعلق به في كتاب « الاذكار » وكتاب « الأسماء » . [والله أعلم][2] .

وما يتعلق بهذا الضرب ، أن شَعره ﷺ طاهر على المذهب إن نجّسنا شعر غيره ، وأن بوله ودمه وسائر فضلاته ، طاهرة على أحد الوجهين كما سبق ، وأن الهدية له حلال ، بخلاف غيره من الحكام وولاة الأمور من رعاياهم . وأُعطي جوامع الكلم . ومن خصائصه ﷺ ، ما ذكره صاحب « التلخيص » والقفال قالا : كان النبي ﷺ يؤخذ عن الدنيا عند تلقي الوحي ، ولا تسقط عنه الصلاة ولا غيرها . وفاته ﷺ ركعتان بعد الظهر ، فقضاهما بعد العصر ، ثم واظب عليهما بعد العصر.

---

(١) قال في المهمات التعبير عن الثالث سهو وصوابه لمن ليس اسمه محمداً دون غيره وكأنه وقعت له نسخة ما نصه والثالث لمن اسمه محمد دون غيره والذي وقعت عليه ما ذكرته وهو الصواب .

وقال الإسنوي : وهذا الثالث هو الصواب الراجح دليلاً لقوله ﷺ « من تسمى باسمي فلا يكتني بكنيتي ومن تكنى بكنيتي فلا يتسمى باسمي » .

رواه أبو داود والترمذي من حديث جابر وقال الترمذي حسن غريب وقال البيهقي في شعب الإيمان إسناده صحيح وصححه ابن حبان وأخرجه أيضاً من حديث أبي هريرة وصححه الترمذي من هذا الوجه .

قال الشيخ البلقيني يحتج لما قاله الرافعي بما أسنده ابن عبد البر في مقدمة الاستيعاب من حديث أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال : «لا تجمعوا بين اسمي وكنيتي فإنما أنا أبو القاسم والله يعطي وأنا أقسم» وبوب عليه الترمذي باب كراهة الجمع بين اسم النبي ﷺ وكنيته ورواه بلفظ «إن النبي ﷺ نهى أن يجمع أحد بين اسمه وكنيته ويسمى محمداً أبا القاسم » وقال حسن صحيح ـ ثم روى الحديث جابر قال رسول الله ﷺ « إذا سميتم بي فلا تكتنوا بي » وقال حسن غريب ثم روى من حديث علي بن أبي طالب أنه قال يا رسول الله أرأيت إن ولد لي بعدك ولد اسميه باسمك وأكنيه بكنيتك قال نعم . فكانت رخصة لي ـ قال الترمذي صحيح .

(٢) سقط من « ط » .

وفي اختصاصه بهذه المداومة ، وجهان . أصحهما : الاختصاص . ومنها : أنه لا يجوز الجنون على الأنبياء ، بخلاف الاغماء[١] .

واختلفوا في جواز الاحتلام ، والأشهر امتناعه . ومنهـا ، أنه من رآه ﷺ في المنام فقد رآه حقاً . وأن الشيطان لا يتمثل في صورته[٢][٣] . ولكن لا يعمل بما يسمعه الرائي منه في المنام مما يتعلق بالأحكام ، لعدم ضبط الرائي ، لا للشك في الرؤية ، فإن الخبر لا يقبل إلّا من ضابط مكلَّف ، والنائم بخلافه .

---

(١) قال في المهمات شرط جواز الاغماء في لحظة أو لحظتين . كذا في حفظي قديماً عن تعليقة القاضي حسين عن الداركي من غير مخالفة ونقله في الخادم على القاضي حسين أيضاً ثم ذكر بحثاً فيه نظر تركته .

(٢) متفق عليه من رواية أبي هريرة رضي الله عنه . (أخرجه البخاري ١/٢٠٢) في كتاب العلم / باب اثم من كذب على النبي ـ ﷺ ـ حديث (١١٠) (ومسلم ٤/١٧٧٤) في الرؤيا / باب قول النبي ـ ﷺ ـ من رآني في المنام (١٠/٢٢٦٦) .

(٣) ما ذكره الشيخ سبقه إليه ابن الصلاح قال في الخادم بعد نقله ذلك عن ابن الصلاح قال ابن الأستاذ ـ وعندي في ذلك نظر فإن رؤيته ﷺ حق وقوله ﷺ حق فقد حكى الأستاذ أبو إسحاق الاسفراييني في كتاب آداب الجدل حكاية وجهين فيما لو رأى رجل النبي ﷺ وسأله عن مذهبه فأفتاه بخلافه ما هو مذهبه ولم يكن مخالفاً لنص الكتاب ولا الاجماع :
أحدهما يأخذ بقوله لأن قوله مقدم على القياس والثاني الأخذ بالقياس لأنه دليل شرعي ونقل ـ أعني صاحب الخادم ـ الوجهين عن روضة القـاضي شريـح ونقل عن فتـاوى القاضي حسين أن من رأى النبي ﷺ ليلة الثلاثين من شعبان وقال له غداً من رمضان أنه لا يجب الصوم وحكي أيضاً عن الشيخ ابن خطيب الأشمونيين عن والده أن انساناً رأى النبي ﷺ في المنام فقال له اذهب إلى موضع كذا وخذ ما فيه من ركاز ولا خمس عليك فيه وأنه توجه إليه فوجده كما أخبره عليه الصلاة والسلام وأنه استفتى الفقهاء بدمشق فكلهم أفتـاه بعدم الوجوب وقال قد ظهرت دلائل صدق الرؤيا والشيطان ممنوع من التمثـل به ﷺ وأفتاه شيخي ـ يعني الشيخ ابن عبد السلام بوجوب الخمس عليه واستدل على ذلك بأن طريق رفع القواعد النسخ ولا نسخ بعد انقطاع الوحي بموته ﷺ ثم نقل عن الشيخ المصنف في شرح مسلم كلاماً حاصله ما في الروضة وفي آخره أما إذا رأى النبي ﷺ يأمره بفعل ما هو مندوب إليه أو ينهاه عن منهي عنه أو يرشده إلى فعل مصلحة فلا خلاف في استحباب العمل على وفقه لأن ذلك ليس حكماً لمجرد المنام بل ما يقدر من أصل ذلك الشيء ثم قال أعني صاحب الخادم من المهم بيان رؤيته ﷺ قال أهل العلم إنما تصح رؤية النبي ﷺ لأحد رجلين أحدهما صحابي رآه فعلم صفته ﷺ فانطبع في نفسه مثاله فإذا رآه جزم بأنه رأى مثاله المعصوم من الشيطان وثانيهما رجل تكرر عليه صفاته ﷺ .
المنقولة في الكتب حتى انطبعت في نفسه صفته ﷺ ومثاله المعصوم كما حصل ذلك لمن رآه فإذا رآه جزم برؤية مثاله عليه الصلاة والسلام كما يجزم به من رآه وأما غير هذين فلا يحصل الجزم نقل ذلك عن القرافي .

ومنها ، أن الأرض لا تأكل لحوم الأنبياء ، للحديث الصحيح في ذلك[١] .

ومنها قوله ﷺ في الحديث : «إن كذباً عليّ ليس ككذب على أحد»[٢] . فالكذب عمداً عليه من الكبائر ، ولا يكفر فاعله على الصحيح وقول الجمهور . وقال الشيخ أبو محمد : هو كفر . ولنختم الباب بكلامين .

أحدهما : قال إمام الحرمين : قال المحققون : ذكر الاختلاف في مسائل الخصائص خبط غير مفيد ، فإنه لا يتعلق به حكم ناجز تمس إليه حاجة ، وإنما يجري الخلاف فيما لا نجد بدّاً من إثبات حكم فيه ، فإن الأقيسة لا مجال لها ، والأحكام الخاصة تتبع فيها النصوص ، وما لا نص فيه ، فتقدير اختيار فيه ، هجوم على الغيب من غير فائدة .

والكلام الثاني : قال الصيمري : منع أبو علي بن خيران الكلام في الخصائص ، لأنه لو انقضى ، فلا معنى للكلام فيه . وقال سائر أصحابنا : لا بأس به ، وهو الصحيح ، لما فيه من زيادة العلم ، فهذا كلام الأصحاب ، والصواب الجزم بجواز ذلك ، بل باستحبابه . ولو[٣] قيل بوجوبه ، لم يكن بعيداً ، لأنه ربما رأى جاهل بعض الخصائص ثابتة في الحديث الصحيح فعمل به أخذاً بأصل التأسّي ، فوجب بيانها لتعرف فلا يعمل بها ، وأي فائدة أهم من هذه[٤] .

وأما ما يقع في ضمن الخصائص مما لا فائدة فيه اليوم ، فقليل لا تخلو أبواب

---

(١) (أخرجه أحمد من رواية أوس بن أوس في المسند ٤/٨) (والدارمي من رواية أوس ١/٣٦٩) في الصلاة (وأبو داود من رواية أوس) في كتاب الصلاة باب تفريع أبواب الجمعة / باب فضل الجمعة حديث (١٠٤٧) (والنسائي ٣/٩١ - ٩٢) في كتاب الجمعة (وابن ماجة ١/٥٢٤) كتاب الجنائز حديث (١٦٣٦) (وأخرجه أيضاً من حديث شداد بن أوس ١/٣٤٥) حديث (١٠٨٥) .

(٢) وبقيته فمن كذب عليّ متعمداً فليتبوأ مقعده من النار متفق عليه من رواية المغيرة بن شعبة .

(٣) وفي « ط » بل لو .

(٤) قال في الخادم اعلم أن النقل عن ابن خيران هكذا تابع فيه صاحب البيان وهو غلط عليه وإنما الذي منعه ابن خيران القول فيها بالاجتهاد لا مطلقاً وقد صرح الماوردي في الحاوي والروياني في البحر فقالا اختلف أصحابنا في جواز الاجتهاد فيما يجوز أن يكون مخصوصاً من طريق الاجتهاد دون النص فكان أبو علي بن خيران من أصحابنا يمنع من جواز الاجتهاد فيه وذهب سائر أصحابنا إلى جواز الاجتهاد في ذلك .

الفقه عن مثله للتدرُّب ومعرفة الأدلة وتحقيق الشيء على ما هو عليه . والله أعلم .

الباب الثاني في مقدمات النكاح

وفيه فصول .

الأول[١] : فيمن يستحب له النكاح .

الناس ضربان ، تائق إلى النكاح ، وغيره .

فالتائق ، إن وجد أهبة النكاح ، استحب له[٢] ، سواء كان مقبلاً على العبادة ، أم لا . وإن لم يجدها ، فالأولى أن لا يتزوج ويكسر شهوته بالصوم ، فإن لم تنكسر به ، لم يكسرها بالكافور ونحوه ، بل يتزوج .

وأما غير التائق ، فإن لم يجد أهبة ، أو كان به مرض أو عجز ، بجبّ أو تعنين أو كبر ، كره له النكاح لما فيه من التزام ما لا يقدر على القيام به من غير حاجة . وإن وجد الأهبة ، ولم يكن به علة ، لم يكره له النكاح ، لكن التخلي للعبادة أفضل . فإن لم يكن مشتغلاً بالعبادة ، فوجهان حكاهما ابن القطان وغيره ، وأصحهما : النكاح أفضل كيلا تفضي به البطالة والفراغ إلى الفواحش . والثاني : تركه أفضل ، لما فيه من الخطر بالقيام بواجبه . وحكي وجه : أن النكاح أفضل من التخلي للعبادة .

وفي شرح « مختصر » الجويني وجه : أنه إن خاف الزنا ، وجب عليه النكاح .

---

(١) في « ط » الفصل الأول .

(٢) قال في الخادم إطلاقه التائق يشمل صوراً منها من عجز عن الحرة وقدر على الأمة وبالاستحباب صرح ابن السمعاني في الاصطلام حكاية عن الحنفية ثم خالفهم وقال إنه على الإباحة ويشهد له قوله تعالى ﴿وأن تصبروا خير لكم﴾ فدل على أنه لا يبلغ مرحلة الاستحباب وأن الصبر عن نكاح الأمة أفضل مطلقاً وقال صاحب الخادم ولعلهم أخذوا الاستحباب من قوله تعالى ﴿فانكحوهن بإذن أهلهن﴾ واللائق استحباب وتعقبه البكري في حاشيته فقال اللائق عدم الاستحباب ومنها الخصي إذا تاقت نفسه . قال في المطلب ولم أر من صرح به نعم كلام الغزالي في الاحياء يقتضي استحباب ذلك له إذ قال إنه يستحب النكاح للعنين فإن نبضات الشهوة خفية حتى أن الممسوح الذي يتوقع له ولد كذلك لا ينقطع الاستحباب في حقه بل يؤمر به كما يؤمر الأصلع بإمرار الموسى على رأسه .

قال الأذرعي في القوت عبارتهم يستحب النكاح للتائق الواجد الوجه الجزم بكراهة الترك .

وقال القاضي أبو سعد الهروي : ذهب بعض أصحابنا بالعراق ، إلى أن النكاح فرض كفاية[١] حتى لو امتنع منه أهل قطر ، أجبروا عليه .

قلت : الوجه المحكيّ عن شرح الجويني ، لا يحتم النكاح ، بل يخيّر بينه وبين التسرّي ، ومعناه ظاهر[٢] . والله أعلم .

الفصل الثاني : إذا أراد النكاح ، فالبكر أولى من الثيب[٣] إذا لم يكن عذر ،

---

(١) قال القاضي أبو علي في تعليقه :
ذهب داود أن النكاح واجب وهو وجه عندنا ذكره الجويني في مختصره فقال : من خاف الزنا وجب عليه النكاح، هذا إذا لم يقدر على الشراء، واحتج على نصر قوله تعالى **﴿فانكحوا ما طاب لكم من النساء﴾** إلى قوله **﴿ فواحدة أو ملكت أيمانكم ﴾** فأمر به والأمر يقتضي الوجوب ، ولما روي عن النبي ﷺ ، أنه قال : «تناكحوا تكثروا فإني أباهي بكم الأمم يوم القيامة حتى بالسقط» . وروي عن معاذ ـ رضي الله عنه ـ أنه قال : « زوجوني ـ زوجوني ـ لا ألقى الله وأنا أعزب » فخاف أن يموت عزباً .
قيل الجواب عن ذلك أما ما استدل به من الآية فموضع دليلنا منها قوله تعالى : **﴿ فانكحوا ما طاب لكم من النساء ﴾** لم يرد به استطابة النفس ، وإنما أراد به ما أحل لكم من النساء .

(٢) قال في المطلب في باب القسم : أطلق بعضهم أن النكاح لا يجب إلا في صورة واحدة على أحد الوجهين وهي إذا نذره حيث كان مستحباً وبعضهم استثنى حالة خوف العنت إذا لم يقدر على التسري . انتهى .
قال الأذرعي : وهذا الاستثناء حق إذا تعين طريقاً لدفع الزنا ، وأشار بأحد الوجهين إلى الوجهين في انعقاد النذر بكل قربة لا تجب ابتداء وهو الصحيح .
وقال الأذرعي أيضاً : التسري في هذه الأعصار كالمتعذر على المذهب لما ذكره الشيخ أبو محمد في التبصرة أن أصول الكتاب والسنة والاجماع متطابقة على تحريم السراري اللائي يجلبن اليوم من الروم والترك والهند ، إلا أن ينتصب في المغانم من جهة الامام من يحسن قسمتها ليقسمها من غير حيف وظلم ، وقرر ذلك تقريراً واضحاً ، وقال شيخه القفال في الفتاوى : إذا اشترى اليوم جارية لا يحل له وطؤها لأن هؤلاء الأمراء لا يخرجون الخمس منها وأكثرهم لا يعطون حق الغانمين فعلى هذا لا يجوز شرى الجواري والعبيد ، نعم ما سبى الكفار بعضهم من بعض يجوز للمسلم شراؤها ووطؤها إذ لا خمس على الكافر . انتهى .
وما ذكره الإمام والقفال من منع جواز الشراء ظاهر على القول بعدم تفريق الصفقة ، وأما إذا قلنا بجواز التفريق ، فيجوز البيع فيما عدا الخمس .

(٣) لقوله ﷺ : « فهلا بكراً تلاعبها وتلاعبك » .
(البخاري ٣٤٢/٩) في النكاح / باب تستحد المغيبة (٥٢٤٧) .
(ومسلم ١٠٨٨/٢) في الرضاع / باب استحباب نكاح البكر (١٤٦٦/٥٧) .

ولولود أولى، والنسيبة أولى، والتي ليست بقرابة قريبة أولى، وذات الدين أولى.

قلت: وبعد الدين، ذات الجمال والعقل أولى، وقرابته غير القريبة أولى من الأجنبية، والمستحب أن لا يزيد على امرأة من غير حاجة ظاهرة[١]، ويستحب أن لا يتزوج من معها ولد من غيره لغير مصلحة، قاله المتولي. وإنما قيدت لغير المصلحة، لأن رسول الله ﷺ تزوج أم سلمة رضي الله عنها ومعها ولد أبي سلمة رضي الله عنه. قال أصحابنا: ويستحب أن يتزوج في شوال، للحديث الصحيح[٢] عن عائشة رضي الله عنها في ذلك.

والمستحب، أن لا يتزوجها إلّا بعد بلوغها، نص عليه الشافعي رضي الله عنه، وهذا إذا لم يكن حاجة أو مصلحة[٣]. والله أعلم.

فرع: إذا رغب في نكاحها، استحب [له][٤] أن ينظر إليها لئلا يندم. وفي وجه: لا يستحب هذا النظر، بل هو مباح. والصحيح الأول، للأحاديث[٥]. ويجوز تكرير هذا النظر ليتبيّن هيئتها، وسواء النظر بإذنها وبغير إذنها. فإن لم يتيسر النظر، بعث امرأة تتأملها وتصفها له[٦]، والمرأة أيضاً تنظر إلى الرجل إذا أرادت

---

(١) قال في المهمات: ذكره الرافعي في أول النفقات فقال: ذكر الشافعي هنا استحباب الاقتصار على امرأة واحدة.
قال الماوردي: ومن لا يقنع بالواحدة لقوة شهوته، فالأولى به الزيادة وأسقطه من الروضة أي هناك، وفي الاحياء مثل كلام الماوردي.

(٢) مسلم والنسائي وأحمد.

(٣) قال في الخادم: هذا النص في منصوصاته في القديم كما ذكره القاضي أبو الطيب وصاحب الشامل والبحر، وقضية كلامهم أنه ليس في الجديد ما يخالفه، وحينئذ فالفتوى به.

(٤) سقط في «ط».

(٥) منها ما أخرجه مسلم من حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: جاء رجل إلى النبي ﷺ فقال: «إني تزوجت امرأة من الأنصار، قال: فانظر إليها فإن في أعين الأنصار شيئاً».
(مسلم ٢/١٠٤٠) في النكاح / باب ندب النظر إلى وجه المرأة. حديث (١٤٢٤/٧٤).

(٦) ظاهره أنه يجوز لها أن تصف له جميع حلاها.
قال في الخادم: والأقرب أن تصف له من بدنها ما يجوز النظر إليه، ثم قال: حديث أم سليم يقتضي جواز حكاية ما سوى الوجه والكفين.

تزوجه ، فإنه يعجبها منه ما يعجبه منها ، ثم المنظور إليه الوجه والكفان ظهراً وبطناً ، ولا ينظر إلى غير ذلك . وحكى الحناطي وجهين في المفصل الذي بين الكفّ والمعصم . وفي « شرح مختصر الجويني » وجه : أنه ينظر إليها نظر الرجل إلى الرجل . والصحيح الأول .

قال الامام : ويباح هذا النظر وإن خاف الفتنة لغرض التزوج ، ووقت هذا النظر ، بعد العزم على نكاحها ، وقبل الخطبة ، لئلا يتركها بعد الخطبة فيؤذيها ، هذا هو الصحيح . وقيل : ينظر حين تأذن في عقد النكاح . وقيل : عند ركون كل واحد منهما إلى صاحبه ، وذلك حين تحرم الخِطبة على الخِطبة .

قلت : وإذا نظر فلم تعجبه ، فليسكت ، ولا يقل : لا أريدها ، لأنه إيذاء . والله أعلم .

الفصل الثالث : في أحكام النظر .

جرت العادة بذكره هنا ، وله حالان . أحدهما : أن لا تمس الحاجة إليه والثاني : أن تمس .

و [**الحال**][1] **الأول** : أربعة أضرب ، نظر الرجل إلى المرأة ، وعكسه ، والرجل إلى الرجل ، والمرأة إلى المرأة .

[**الضرب**][2] **الأول** : نظر الرجل إلى المرأة ، فيحرم نظره إلى عورتها مطلقاً ، وإلى وجهها وكفيها إن خاف فتنة . وإن لم يخف ، فوجهان ، قال أكثر الأصحاب لا سيما المتقدمون : لا يحرم ، لقول الله تعالى : ﴿ **ولا يبدين زينتهن إلاّ ما ظهر منها** ﴾[3] وهو مفسر بالوجه والكفين ، لكن يكره ، قاله الشيخ أبو حامد وغيره . والثاني : يحرم ، قاله الاصطخري وأبو علي الطبري ، واختاره الشيخ أبو محمد ، والامام ، وبه قطع صاحب « المهذب » والروياني ، ووجهه الامام باتفاق المسلمين على منع النساء من الخروج سافرات ، وبأن النظر مظنّة الفتنة ، وهو محرّك

---

(١) سقط في الأصل .

(٢) سقط في « ط » .

(٣) سورة الأحزاب الآية (٣١) .

للشهوة ، فاللائق بمحاسن الشرع ، سد الباب[١] والاعراض عن تفاصيل الأحوال ، كالخلوة بالأجنبية[٢] .

ثم المراد بالكف ، اليد من رؤوس الأصابع إلى المعصم . وفي وجه : يختص الحكم بالراحة .

وأما أخمصا القدمين ، فعلى الخلاف السابق في ستر العورة . وصوتها ليس بعورة على الأصح ، لكن يحرم الاصغاء إليه عند خوف الفتنة . وإذا قرع بابها ، فينبغي أن لا تجيب بصوت رخيم ، بل تغلظ صوتها .

قلت : هذا الذي ذكره من تغليظ صوتها ، كذا قاله أصحابنا . قال ابراهيم المروذي : طريقها أن تأخذ ظهر كفها بفيها وتجيب كذلك . والله أعلم .

هذا كله إذا كان الناظر بالغاً فحلاً ، والمنظور إليها حرة كبيرة أجنبية . ثم الكلام في ست صور .

إحداها : الطفل الذي لم يظهر على عورات النساء ، لا حجاب منه . وفي المراهق وجهان . أحدهما : له النظر ، كما له الدخول بلا استئذان إلا في الأوقات الثلاثة[٣] ، فعلى هذا ، نظره كنظر المحارم البالغين . وأصحهما : أن نظره كنظر البالغ إلى الأجنبية ، لظهوره على العورات . ونزَّل الامام أمر الصبي ثلاث درجات . إحداها : أن لا يبلغ أن يحكيَ ما يرى .

والثانية : يبلغه ولا يكون فيه ثَوَران شهوة وتشوُّف . والثالثة : أن يكون فيه

---

(١) في « ط » سد الباب فيه .

(٢) الصحيح التحريم كما ذكره الشيخ في المنهاج وجنح إليه في المحرر .
قال في التوسط : بل الظاهر أنه اختيار الجمهور ، وممن جزم به غير من تقدم المحاملي في المجموع والتجريد ، والدارمي وهو قضية كلام الرازي في التقريب والمجرد، وقال الإمام : إن إليه ميل العراقيين إلى آخر ما ذكره .

(٣) قال الله تبارك وتعالى : ﴿ يا أيها الذين آمنوا ليستأذنكم الذين ملكت أيمانكم والذين لم يبلغوا الحلم منكم ثلاث مرات من قبل صلاة الفجر وحين تضعون ثيابكم من الظهيرة ومن بعد صلاة العشاء ثلاث عورات لكم ليس عليكم ولا عليهم جناح بعدهن طوافون عليهن بعضكم على بعض ، كذلك يبين الله لكم الآيات والله عليم حكيم ﴾ .

ذلك : فالأول حضوره كغيبته ، ويجوز التكشف له من كل وجه . والثاني : كالمحرم .

والثالث : كالبالغ . واعلم أن الصبي لا تكليف عليه ، وإذا جعلناه كالبالغ ، فمعناه يلزم المنظور إليها الاحتجاب منه ، كما يلزمها الاحتجاب من المجنون قطعاً .

قلت : وإذا جعلنا الصبي كالبالغ ، لزم الولي أن يمنعه النظر ، كما يلزم أن يمنعه الزنا وسائر المحرمات . والله أعلم .

[الصورة][1] **الثانية** : في الممسوح وجهان . قال الأكثرون : نظره إلى الأجنبية ، كنظر الفحل إلى المحارم[2] ، وعليه يحمل قول الله تعالى : ﴿ **أو التابعين غيرِ أولي الإربة من الرجال** ﴾[3] . والثاني : أنه كالفحل مع الأجنبية ، لأنه يحل له نكاحها .

قلت : والمختار في تفسير « غير أولي الإربة » أنه المغفَّل في عقله الذي لا يكترث للنساء ولا يشتهيهن ، كذا قاله ابن عباس وغيره . والله أعلم .

وأما المجبوب الذي بقي أنثياه ، والخصي الذي بقي ذكره ، والعنين ، والمخنث وهو المشبه بالنساء ، والشيخ الهِمّ ، فكالفحل ، كذا أطلق الأكثرون . وقال في « الشامل » : لا يحل للخصي النظر ، إلاّ أن يكبر ويهرم وتذهب شهوته ، وكذا المخنث . وأطلق أبو مخلد البصري المتأخر في الخصي والمخنث وجهين .

قلت : هذا المذكور عن « الشامل » قاله شيخه القاضي أبو الطيب ، وصرح بأن الشيخ الذي ذهبت شهوته ، يجوز له ذلك ، لقوله تعالى : ﴿ **أو التابعين غير أولي الإربة** ﴾ . والله أعلم .

---

(١) سقط في الأصل .

(٢) قيد المتولي ذلك بما إذا لم يبق فيه شهوة للنساء والميل إليهن ، فإن كان فكالفحل ولا بد منه .
قال في الخادم : ينبغي تقييد الجواز بأن يكون مسلماً في حق المسلمة ، فإن كان كافراً فيمتنع على الأصح لأن أقل أحواله أن يكون كالمرأة الكافرة .

(٣) سورة النور الآية (٣١) .

[الصورة][1] **الثالثة** : مملوك المرأة مَحرم لها على الأصح عند الأكثرين .

قلت : وهو المنصوص ، وظاهر الكتاب والسنة وإن كان فيه نظر من حيث المعنى ، قال القاضي حسين : فإن كاتبته ، فليس بمحرم[2] . والله أعلم .

[الصورة][3] **الرابعة** : إذا كان المنظور إليها أمة ، فثلاثة أوجه . أصحها فيما ذكره البغوي والروياني : يحرم النظر إلى ما بين السرة والركبة ، ولا يحرم ما سواه ، لكن يكره . والثاني : يحرم ما لا يبدو حال المهنة دون غيره . والثالث : أنها كالحرة ، وهذا غريب لا يكاد يوجد لغير الغزالي .

قلت : قد صرح صاحب « البيان » وغيره ، بأن الأمة كالحرة وهو مقتضى إطلاق كثيرين ، وهو أرجح دليلاً . والله أعلم .

[الصورة][4] **الخامسة** : في النظر إلى الصبية ، وجهان . أحدهما : المنع . والأصح الجواز ، ولا فرق بين عورتها وغيرها ، لكن لا ينظر إلى الفرج .

قلت : جزم الرافعي ، بأنه لا ينظر إلى فرج الصغيرة . ونقل صاحب « العدة » الاتفاق على هذا ، وليس كذلك ، بل قطع القاضي حسين في تعليقه بجواز النظر إلى فرج الصغيرة التي لا تشتهى ، والصغير ، وقطع به في الصغير إبراهيم المروذي . وذكر المتولي فيه وجهين ، وقال : الصحيح الجواز ، لتسامح الناس بذلك قديماً وحديثاً ، وأن إباحة ذلك تبقى إلى بلوغه سن التمييز ، ومصيره بحيث يمكنه ستر عورته عن الناس[5] . والله أعلم .

---

(١) سقط في الأصل .

(٢) النية في تعليقة القاضي إنما هو في المكاتبة انها مع سيدها كالأجنبية .

(٣) سقط في الأصل .

(٤) سقط في الأصل .

(٥) اطلاق الشيخ الصبية يتناول المشتهاة وغيرها قال الأذرعي ولذلك انه لا يحرم نظر بنت سنة ونحوها والذي يجوزفي النظر إلى صغيرة لا تشتهى وجوه أحدها الجواز إلى جميع بدنها . ثانيها : إليه إلا الفرج . ثالثها : يجوز إلى ما عدا ما بين السرة والركبة . رابعها : ما يبدو في المهنة فقط إلى آخر ما ذكره الشيخ عن صاحب العدة ذكره الفوراني أيضاً وصاحب التهذيب وما نقله الشيخ عن المروذي جزم به الماوردي أيضاً في كتاب الصلاة فقال ينبغي حل النظر إلى أن يبلغ الصبي إلى عشر سنين والجارية تسعاً وإطلاق الشيخ الفرج يتناول الذي قال الأذرعي وبه صرح الصيمري .

وأما العجوز ، فألحقها الغزالي بالشابة ، لأن الشهوة لا تنضبط ، وهي محل الوطء . وقال الروياني : إذا بلغت مبلغاً يؤمَن الافتتان بالنظر إليها ، جاز النظر إلى وجهها وكفيها ، لقول الله تعالى : ﴿ والقواعد من النساء ﴾[١] الآية .

[الصورة][٢] السادسة : المحرم لا ينظر ما بين السرة والركبة ، وله النظر إلى ما سواه على المذهب[٣] . وفي وجه : أنه يباح ما يبدو عند المهنة . وهل الثدي زمن الارضاع مما يبدو ؟ وجهان . وسواء المحرم بالنسب والمصاهرة والرضاع ، وقيل : لا ينظر بالمصاهرة والرضاع إلّا إلى البادي في المهنة . والصحيح الأول .

قلت : ويجوز للمحرم الخلوة والمسافرة بها . والله أعلم .

الضرب الثاني : نظر الرجل إلى الرجل ، وهو جائز في جميع البدن ، إلّا ما بين السرة والركبة ، لكن يحرم النظر إلى الأمرد وغيره بالشهوة ، وكذا النظر إلى المحارم وسائر المذكورات في الضرب السابق بالشهوة حرام قطعاً . ولا يحرم النظر إلى الأمرد بغير شهوة إن لم يخف فتنة ، وإن خافها ، حرم على الصحيح وقول الأكثرين .

قلت : أطلق صاحب « المهذب » وغيره : أنه يحرم النظر إلى الأمرد لغير حاجة ، ونقله الداركي عن نص الشافعي رحمه الله . والله أعلم .

الضرب الثالث : نظر المرأة إلى المرأة كالرجل إلى الرجل إلّا في شيئين . أحدهما : حكى الامام وجهاً : أنها كالمحرم ، وهو شاذ ضعيف .

الثاني : في نظر الذمية إلى المسلمة وجهان . أصحهما عند الغزالي : كالمسلمة[٤] . وأصحهما عند البغوي : المنع . فعلى هذا ، لا تدخل الذمية

---

(١) سورة النور الآية (٦) .

(٢) سقط في الأصل .

(٣) شرط الأمر والنية يحرم النظر كونه حسناً كما ذكره الشيخ في رياض الصالحين والأذكار والخلوة به حرام أيضاً لأنها أفحش وأقرب إلى المفسدة وشاحج بعض المتأخرين الشيخ مشاحجة لا طائل تحتها والحق ما قاله الشيخ .

(٤) قال الشيخ البلقيني الوجهان في نظر الكافرة محلهما في الأجنبية مع الأجنبية كما صرح به القاضي الحسين أما نظر الكافرة إلى المسلمة التي هي بنتها أو أمها ونحو ذلك فلا يمتنع لأن المحارم الرجال لا =

الحمام مع المسلمات ، وما الذي تراه من المسلمة ؟ قال الامام : هي كالرجل الأجنبي[١] . وقيل : ترى ما يبدو في المهنة ، وهذا أشبه .

قلت : ما صححه البغوي هو الأصح أو الصحيح ، وسائر الكافرات كالذمية في هذا ، ذكره صاحب « البيان » . والله أعلم .

الضرب الرابع : نظر المرأة إلى الرجل ، وفيه أوجه . أصحها : لها النظر إلى جميع بدنه إلّا ما بين السرة والركبة . والثاني : لها نظر ما يبدو منه في المهنة فقط . والثالث : لا ترى منه إلّا ما يرى منها .

قلت : هذا الثالث ، هو الأصح عند جماعة ، وبه قطع صاحب « المهذب » وغيره ، لقول الله تعالى : ﴿ وقل للمؤمنات يغضضن من أبصارهن ﴾[٢] [النور : ٣١] ولقوله ﷺ : « أفعمياوان أنتما ، أليس تبصرانه » الحديث[٣] ، وهو حديث حسن . والله أعلم .

= يمتنع عليهم ذلك ولو مع اختلاف الدين فالنساء بطريق أولى ، فأما المرأة القريبة كبنت العم وبنت الخال ونحوهما فهل يجري عليها حكم نساء المحارم أم حكم نساء الأجانب الأقرب الثاني وقول الشيخ ولا كذلك بنت العم فليتأمل ثم قال الشيخ فإن قيل في غسل الميت جعلوا الكافر كالمعدوم أي على وجه مرجوح قلنا لعدم النية وقال الشيخ أيضاً ويجوز للأمة الكافرة النظر لمالكتها كالمسلمة إلى المسلمة قال الشيخ أيضاً وأما نظر المسلمة إلى الذمي فقضيته الجواز وعندي فيه وقفة إن قيل أو نسائهن في الناظرة والمنظورة . انتهى .

وعن الشيخ عز الدين بن عبد السلام أنه ألحق الفاسقة بالذمية في التحريم قال الشيخ البلقيني إنه ممنوع فإنها من النساء المؤمنات والفسق لا يخرجها عن ذلك . قال الزركشي وكان المراد به المساحقة ونحوها وقد صرح بذلك صاحب الترغيب من متأخري المراوزة فقال وإن كانت مساحقة فكالرجل ونحوه قول صاحب التتمة لو كانت تميل إلى النساء أو خافت من النظر إلى الوجه والكفين الفتنة لم يجز لها النظر فما ذكرنا في الرجل مع الرجل وقال البغوي في تعليقه وإن المرأة مع المرأة فكالرجل مع الرجل فأما عند خوف الفتنة فلا يجوز ذلك بحال وقال الزركشي أيضاً سكتوا عن المرتدة والمتجه تحريم تمكينها من النظر لأنها اسوأ حالاً من الذمية والفاسقة .

(١) قال الشيخ البلقيني هذا التفريع على قول المنع كما صرح به القاضي الحسين وما ذكره الشيخ ظاهر لأنه لو كان على الجواز لنظرت ما عدا بين السرة والركبة وقول الشيخ المصنف وقيل ترى ما يبدو في المهنة وهذا أشبه منعه الشيخ البلقيني وقال الأصح انها كالرجل وبه جزم القاضي الحسين وغيره .

(٢) سورة النور الآية (٣١) .

(٣) (أخرجه أحمد في المسند ٢٩٦/٦) (وأبو داود ٤/) كتاب اللباس حديث (٤١١٢) (والترمذي =

وأما نظرها إلى محرمها ، فلا يحرم إلاّ ما بين السرة والركبة على المذهب ، وبه قطع المحققون . وقيل : هو كنظره إليها ، ويحرم عليها النظر إلى الرجل عند خوف الفتنة قطعاً . وحديث « أفعمياوان » ، يحمل على هذا أو على الاحتياط .

فرع : ما لا يجوز النظر إليه متصلاً كالذكر وساعد الحرة وشعر رأسها وشعر عانة الرجل وما أشبهها ، يحرم النظر إليه بعد الانفصال على الأصح .

وقيل : لا ، وقال الامام احتمالاً لنفسه : إن لم يتميز المبان من المرأة بصورته وشكله عمّا للرجل : كالقلامة ، والشعر ، والجلدة ، لم يحرم . وإن تميز ، حرم .

قلت : ما ذكره الامام ، ضعيف ، إذ لا أثر للتمييز ، مع العلم بأنه جزء يحرم نظره . وعلى الأصح : يحرم النظر إلى قلامة رجلها دون قلامة يدها ، ويده ورجله . والله أعلم .

وينبغي لمن حلق عانته ، أن يواريَ الشعر ، لئلا ينظر إليه أحد . وفي « فتاوى » البغوي : أنه لو أبين شعر الأمة أو ظفرها ، ثم عتقت ، ينبغي أن يجوز النظر إليه وإن قلنا : إن المبان كالمتصل ، لأنه حين انفصل لم يكن عورة ، والعتق لا يتعدى إلى المنفصل .

فرع : يجوز للزوج النظر إلى جميع بدن زوجته غير الفرج . وفي الفرج ، وجهان . أحدهما : يحرم . وأصحهما : لا ، لكن يكره . وباطن الفرج أشد كراهة[1] ، ويكره للإنسان نظره إلى فرج نفسه بلا حاجة ، ونظر السيد إلى أمته التي يجوز استمتاعه بها كنظر الزوج إلى زوجته ، سواء كانت قنة ، أو مدبرة ، أو

= ١٠٢/٥) في الأدب باب ما جاء في احتجاب النساء من الرجال (٢٧٧٨) وقال حسن صحيح وعزاه المازني للنسائي في عشرة النساء (تحفة الأشراف ٣٥/٣) . حديث (١٨٢٢٢) .

(١) لا خفاء أن محل كلام الشيخ إذا لم تكن الزوجة معتدة عن وطء شبهة فإن كانت فلا وقال صاحب المعين والخلاف في غير حال الاستمتاع أما فيها فيجوز وجهاً واحداً . قال الأذرعي وهذا غريب والرجل كثير الوهم . وخص الدارمي الوجهين بالقبل وقال ولا ينظر الزوج إلى دبر امرأة نفسه يعني حلقة الدبر وهذا القول قاله الدارمي ظاهر ولبعض المتأخرين فيه بحث والظاهر إلى ما تقدم ومحل ما ذكره الشيخ في حال الحياة فأما بعد الموت فيصير الزوج كالمحرم في النظر كما ذكره الشيخ في شرح المهذب .

مستولدة ، أو عرض مانع قريب الزوال كالحيض والرهن ، فإن كانت مرتدة ، أو مجوسية ، أو وثنية ، أو مزوجة ، أو مكاتبة ، أو مشتركة بينه وبين غيره ، حرم نظره إلى ما بين السرة والركبة ، ولا يحرم ما زاد على الصحيح[١] . وزوجته المعتدة عن وطء أجنبي بشبهة ، كالمكاتبة . ونظر الزوجة إلى زوجها كنظره إليها . وقيل : يجوز نظرها إلى فرجه قطعاً .

قلت : ونظرها إلى سيدها كنظره إليها . والله أعلم .

فرع : حيث حرم النظر ، حرم المس بطريق الأولى[٢] ، لأنه أبلغ لذة ، فيحرم على الرجل دَلْكُ فخذ رجل بلا حائل . فإن كان ذلك فوق إزار . جاز إذا لم يخف فتنة . وقد يحرم المسّ دون النظر ، فيحرم مس وجه الأجنبية وإن جاز النظر ، ومس كل ما جاز النظر إليه من المحارم والإماء ، بل لا يجوز للرجل مس بطن أمه ولا ظهرها ، ولا أن يغمز ساقها ولا رجلها ، ولا أن يقبِّل وجهها[٣] ، حكاه العبادي عن

---

(١) ما ذكره الشيخ في المشتركة قال الشيخ البلقيني أنه ممنوع والصواب في الجارية المشتركة والمبعضة والمبعض بالنسبة إلى سيدته أنه يقضي عليهم بحكم الأجانب وقد قال الماوردي في ستر العورة في الصلاة وأما عبدها نصفه حر ونصفه مملوك فعليها ستر عورتها الكبرى عنه لا يختلف فيه أصحابنا وقد قدم أن العورة الكبرى جميع البدن غير الوجه والكفين . انتهى .
قال الأذرعي ينبغي أن يقيد الجواز على الوجهين بما إذا كان بغير شهوة .
قال الشيخ البلقيني ليس هذا بمطرد فنظر الزوج لفرج زوجته حرام على أي مرجوح ولا يحرم المس اتفاقاً . انتهى .

(٢) وسبق عن الدارمي أنه يحرم النظر إلى حلقة الدبر ومس ذلك جائز قال في الخادم العضو المبان من الأجنبية يحرم النظر إليه ولا يحرم مسه على الأصح وفي هذا الترجيح نظر .

(٣) قال في المهمات مقتضاه تحريم مس جميع ما جاز النظر إليه من المحارم والإماء فيدخل فيه مس وجه الأمة ويدها ورجلها وهو غلط مخالف للاجماع وعبارة الرافعي فلا يجوز للرجل مس وجه الأجنبية وإن جوزنا النظر إليه ولامس كل ما يجوز النظر إليه من المحارم والإماء ومعناها أنه لا يجوز مس الكل بل بعض فهو كقولنا لا يجوز أن يتزوج كل امرأة وهو المسمى بسلب العموم والمشروط بتقدم النفي فعبر النووي للاثبات فقال يحرم واسنده إلى كل فرد وهو المسمى بعموم السلب فوقع في الغلط هذا حاصل ما في المهمات وجرى على ذلك الأذرعي ونقل عن شرح مسلم للشيخ المصنف في باب فضل الغزو في البحر جواز ملامسة المحرم في الرأس وغيره مما ليس بعورة مجمع عليه وفي حلية الشاشي عن القاضي الحسين ما يقتضي التسوية بين المحرم والأجنبية في المس قال وهو يعني المنع في الأجنبية صحيح وليس بصحيح في المحرم فإنه يجوز له مسها إذا لم يقصد الشهوة . انتهى .

القفال قال : وكذا لا يجوز للرجل أن يأمر ابنته أو أُخته بغمز رجله . وعن القاضي حسين أنه كان يقول : العجائز اللاتي يكحلن الرجال يوم عاشوراء مرتكبات للحرام .

فرع : لا يجوز أن يضاجع الرجل الرجل ، ولا المرأة المرأة وإن كان كل واحد في جانبٍ من الفراش[١] ، وإذا بلغ الصبي أو الصبية عشر سنين ، وجب التفريق بينه وبين أمه وأبيه وأخته وأخيه في المضجع .

فرع : يستحب مصافحة الرجل الرجل ، والمرأة المرأة . قال البغوي : وتكره المعانقة والتقبيل ، إلاّ تقبيل الولد شفقة . وقال أبو عبد الله الزبيري : لا بأس أن يقبِّل الرجل رأس الرجل وما بين عينيه ، عند قدومه من سفره أو تباعد لقائه .

قلت : المختار أن تقبيل يد غيره إن كان لزهده وصلاحه أو علمه أو شرفه وصيانته ، ونحو ذلك من الأمور الدينية ، فهو مستحب . وإن كان لغناه ودنياه وشوكته ووجاهته عند أهل الدنيا ونحو ذلك ، فمكروه . وقال المتولي في « باب صلاة الجمعة » : لا يجوز . وتقبيل الصغار شفقة سُنَّة ، سواء ولده وولد غيره إذا لم يكن بشهوة . والسنّة معانقة القادم من سفر وتقبيله . ولا بأس بتقبيل وجه الميت الصالح ، ويكره حني الظهر في كل حال لكل أحد ، ولا بأس القيام لأهل الفضل ، بل هو مستحب للاحترام ، لا للرياء والاعظام ، وقد ثبتت أحاديث صحيحة بكل ما ذكرته ، وقد أوضحتها مبسوطة في « كتاب السلام » من « كتاب الاذكار » ، وهو مما لا يستغني متديِّن عن مثله ، وفي « كتاب الترخيص في القيام » . والله أعلم .

فرع : الخنثى المشكل فيه وجهان . أصحهما : الأخذ بالأشدِّ ، فيجعل مع

= والتحقيق أن مس بطن الأم وظهرها ينقسم إلى ما يحرم وغيره وبه جمع جامع هو الشيخ السبكي بين كلام الروضة وإطلاقة في شرح مسلم فإن فعل ذلك لحاجة أو شفقة حيث يقضي الحال ذلك فجائز قطعاً لا سيما إذا كانت عجوزاً وإن فعله على وجه يثير شهوة في أم قطعاً وبين الجانبين مراتب فما قرب من الأول ظهر جوازه أو من الثاني ظهر تحريمه إلى آخر ما ذكره .

(١) شرطه كونهما عاريين كما قاله الشيخ المصنف في شرح مسلم وذكره القاضي حسين في تعليقه والجواز في الكافي قال فإن كانا لابسين أو أحدهما فلا بأس ذكره الاسنوي والأذرعي والزركشي .

النساء رجلاً ، ومع الرجال امرأة . والثاني : الجواز ، قاله القفال ، استصحاباً لحكم الصغر .

قلت : قطع الفوراني والمتولي بالثاني ، وإبراهيم المروذي ، ونقله المروذي عن القاضي . والله أعلم .

الحال الثاني : إذا احتاج إلى النظر ، وذلك في صور .

منها : أن يريد نكاحها ، فله النظر كما سبق .

ومنها : أن يريد شراء جارية ، وقد سبق في البيع .

ومنها : إذا عامل امرأة ببيع أو غيره ، أو تحمَّل شهادة عليها ، جاز النظر إلى وجهها فقط ليعرفها[١] . وإذا نظر إليها وتحمَّل الشهادة ، كلِّفت الكشف عن وجهها عند الأداء . فإن امتنعت ، أمرت امرأة بكشفه .

ومنها يجوز النظر والمس للفصد والحجامة ومعالجة العلة ، وليكن ذلك بحضور محرم أو زوج[٢] ، ويشترط في جواز نظر الرجل إلى المرأة لهذا أن لا يكون هناك امرأة تعالج وفي جواز نظر المرأة إلى الرجل ، أن لا يكون هناك رجل يعالج[٣] ، كذا قاله أبو عبد الله الزبيري والروياني ، وعن ابن القاصّ خلافه .

قلت : الأول أصح ، وبه قطع القاضي حسين والمتولي . قالا أيضاً : ولا يكون ذمياً مع وجود مسلم . والله أعلم .

---

(١) قال في المهمات اقتصاره يعني الرافعي على الوجه تبعه في الروضة وهو غير مستقيم فقد تقدم أنه يجوز النظر إلى الكفين عند الأكثرين لا لحاجة فكيف ينفيه مع الحاجة . قال في الخادم هذا عجيب لأن الرافعي صحح في المحرر والنووي في كتبه التحريم مطلقاً وكلاهما مستقيم إلى آخر ما ذكره .
ولو قال في المنهاج لكان أحسن فإنه صحح الحرمة وإنما لم يفسح في الشرح بترجيح لأنه مخالف لما نقله عن الأكثرين وبالجملة فالاعتراض غير مسلم لأن التفريع على المنع والاقتصار على الوجه صحيح وكيف ينظر زيادة على ذلك مع عدم الحاجة إليه لأن المقصود المعرفة وهي بالوجه حاصلة وهذا ظاهر جلي .

(٢) أي أو سيد أو امرأة ثقة إذا جاوزنا خلوة الأجنبي بامرأتين .

(٣) قال الأذرعي : لو لم نجد لمعالجة المرأة إلا كافرة ومسلماً فالظاهر أنه يكتفي بالكافرة لأن نظرها أو مسها أخف من الرجل .

ثم أصل الحاجة كافٍ في النظر إلى الوجه واليدين، وفي النظر إلى سائر الأعضاء يعتبر تأكُّد الحاجة ، وضبطه الامام فقال : ما يجوّز الانتقال من الماء إلى التيمّم وفاقاً أو خلافاً ، كشدة الضنى وما في معناها ، يجوز النظر بسببه ، وفي النظر إلى السوأتين ، يعتبر مزيد تأكُّد ، قال الغزالي : وذلك بأن تكون الحاجة بحيث لا يعد التكشف بسببها هتكاً للمروءة ويعذر في العادة[١] .

ومنها : يجوز للرجال النظر إلى فرج الزانيين لتحمُّل شهادة الزنا ، وإلى فرج المرأة للشهادة على الولادة ، وإلى ثدي المرضعة للشهادة على الرضاع ، هذا هو الصحيح . وقال الاصطخري : لا يجوز كل ذلك . وقيل : يجوز في الزنا دون غيره . وقيل : عكسه .

الفصل الرابع : في الخِطبة ـ بكسر الخاء ـ ، قال الغزالي : هي مستحبة ، ويمكن أن يحتج له بفعل النبي ﷺ ، وما جرى عليه الناس ، ولكن لا ذكر للاستحباب في كتب الأصحاب ، وإنما ذكروا الجواز . ثم المرأة إن كانت خلية عن النكاح والعدة ، جازت خطبتها تعريضاً وتصريحاً[٢] ، وإن كان معتدة ، حرم التصريح بخطبتها مطلقاً . وأما التعريض ، فيحرم في عدة الرجعيَّة ، ولا يحرم في عدة الوفاة . وقيل : إن كانت عدة الوفاة بالحمل ، لم تخطب ، خوفاً من تكلف إلقاء ولدها . والصحيح الأول . والبائن بطلاق أو فسخ ، يحل التعريض بخطبتها على الأظهر . والتي لا تحل لمن منه العدة بلعان أو رضاع أو طلاق الثلاث ، كالمعتدة عن الوفاة . وقيل : كالفسخ . ثم سواء كانت العدة في هذه الصور بالاقراء أم بالأشهر . وقيل : إن كانت بالاقراء ، حرم قطعاً . والصحيح وبه قطع الجمهور : أن لا فرق .

وفي المعتدة عن وطء بشبهة ، طريقان . المذهب : القطع بالجواز .

---

(١) قال في القوت عن الكافي للخوارزمي لو كان بعورة الرجل أو المرأة علة جاز للطبيب الأمين أن ينظر إليها للمعالجة كما في الختان فقيد بالأمين ومقتضاه أنه يجب اعتباره فلا يعدل عنه إلى غيره مع وجوبه .

(٢) أي وخلت أيضاً عن موانع النكاح والمطلقة ثلاثاً لا يجوز لمطلقها أن يخطبها حتى تنكح زوجاً غيره ويطلقها وتعتد منه قال في القوت ولفظ الكتاب يعني المنهاج يقتضي جواز خطبة السرية وأم الولد المستفرشة وإن لم يوص السيد عنها وفيه نظر .

والثاني : طرد الخلاف . والتصريح ، كقوله : أريد نكاحكِ ، أو إذا انقضت عدتك نكحتكِ . والتعريض بما يحتمل الرغبة في النكاح وغيرها ، كقوله : رُبَّ راغب فيك ، من يجد مثلك ؟ أنت جميلة ، إذا حللت فآذنيني ، لا تبقين أيِّماً ، لستِ بمرغوب عنك ، إن شاء الله لسائق إليك خيراً ، ونحو ذلك ، وحكم جواب المرأة في هذه الصور تصريحاً وتعريضاً حكم الخطبة . وجميع ما ذكرناه ، فيما إذا خطبها غير صاحب العدة . فأما صاحبها الذي يحل له نكاحها ، فله التصريح بخطبتها .

فرع : تحرم الخطبة على خطبة غيره بعد صريح الاجابة ، إلاّ إذا أذن الغير أو ترك[(١)] . وصريح الاجابة أن تقول : أجبتك إلى ذلك ، أو تأذن لوليها في أن يزوجها

---

(١) قال في المهمات يكفي في البكر سكوتها نص عليه في الأم وساق النص لكن كلام الشيخ في آخر الفرع نفهم أن ذلك وجه فإنه قال وعن الداركي أن الخلاف في سكوت البكر ولا يمنع سكوت الثيب بحال .

وقال في المهمات أيضاً نص في الأم أنها لو أذنت لوليها أن يزوجها ممن تشاء صح وحل لكل أحد خطبتها على خطبة الغير .

نقله الروياني قال في التوسط وعبارة البحر قال في الأم إذا أذنت لوليها أن يزوجها ولم تعين الزوج أو قالت زوجني ممن شئت أو ممن ترى حل لكل أحد خطبتها لأنه إنما منع من الخطبة على الخطبة لما فيه من الأضرار بالغير . وليس هاهنا شخص تعين له النكاح حتى يلحقه ضرر وإفساد بخطبة الغير عليه انتهى لفظه واختصره الإسنوي فافسده بقوله وحل لكل أحد أن يخطبها على خطبة الغير وما قاله صاحب التوسط ظاهر وقال في المهمات أيضاً لا بد مع الاجابة من الاذن لولي في تزويجه وإلا لم يحرم نص عليه في الرسالة في باب النهي عن معنى يدل على معنى في حديث غيره قال في التوسط ما ذكره بعيد من كلام الأئمة إذ كلامهم ناطق بأنها إذا كانت مستقلة لا تزوج إلا برضاها فحطت من نفسها فأجابت أنه يحرم الخطبة على خطبة المجاب وإن لم تكن أذنت للولي بعد وهو ظاهر . انتهى .

قال في المهمات أيضاً هذا التقسيم كله ماش على الغالب في خطبة الرجال للنساء وقد نصوا على استحباب خطبة أهل الفضل من الرجال فإذا وقع ذلك فلا شك أنه يأبى بالتحريم ما سبق في المرأة .

قال في الخادم هذا غلط فاحش فإنه إنما امتنع ذلك في المرأة لأنها لا تحل إلا لزوج واحد أما الرجل الحر فإنه يتزوج أربعاً فإذا خطب لامرأة فكيف يعقل امتناع أن يخطب لغيرها وهو يجوز له نكاحها وعجيب قوله فلا شك نعم ، لو كان الشخص لا يجوز له إلا نكاح واحدة كالمجنون أمكن فيه ما قال .

انتهى . وهو كلام محرر وقول الشيخ المصنف إلا إذا أذن الغير أو ترك استثنى أيضاً من رجع عن إجابته أو نكح من يحرم الجمع بينها وبين المخطوبة أو طال الزمان بعد إجابته بحيث يعد معرضاً كما حكاه الأذرعي عن الإمام وشرط الحرمة أن يكون عالماً بالنهي وأن لا تكون الأولى محرمة بأن كانت في العدة واستثنى الأذرعي من تحريم الخطبة على الخطبة خطبة من لا أمان له ولا عهد قال فالوجه جواز الخطبة على خطبته وهل المرتد مثله . فيه نظر .

إياه ، وهي معتبرة الاذن . فلو لم تصرح بالاجابة ، لكن وجد ما يشعر بها ، كقولها : لا رغبة عنكَ ، فقولان . القديم ، تحريم الخطبة . والجديد ، الجواز . ولو ردّته ، فللغير خطبتها قطعاً . ولو لم يوجد إجابة ولا رد ، فقيل : يجوز قطعاً . وقيل بالقولين . والمعتبر رد الولي وإجابته إن كانت مجبرة ، وإلّا فردها وإجابتها ، وفي الأمة رد السيد وإجابته ، وفي المجنونة رد السلطان وإجابته . ثم المفهوم من إطلاق الأكثرين ، أن سكوت الولي عن الجواب ، فيه الخلاف المذكور ، وخص بعضهم الخلاف بسكوتها وقال : سكوت الولي لا يمنع قطعاً . وعن الداركي أن الخلاف في سكوت البكر ، ولا يمنع سكوت الثيب بحال .

فرع : يجوز الهجوم على الخِطبة لمن لم يدر أخُطبت أم لا ، ولم يدر أجيب خاطبها أم رد ، لأن الأصل الاباحة .

فرع : سواء فيما ذكرناه الخاطب المسلم والذمي إذا كانت كتابية . وقيل : يختص المنع بالخطبة على خطبة المسلم .

قلت : قال الصيمري : لو خطب خمس نسوة دفعة ، فأذِنّ ، لم يحلَّ لأحد خطبة واحدة منهن حتى يتركها الأول ، أو يعقد على أربع فتحل الخامسة ، وإن خطب كل واحدة وحدها ، فأذنّ ، حلت الخامسة دون غيرها . هذا كلامه ، والمختار تحريم الجميع ، إذ قد يرغب في الخامسة . قال أصحابنا : ويكره التعريض بالجماع للمخطوبة ، ولا يكره التعريض والتصريح به لزوجته وأمته . والله أعلم .

فرع : يجوز الصدق في ذكر مساوىء الخاطب ليحذر[1] ، وكذا من أراد

---

(١) ذكر المصنف في الأذكار والرياض أن ذلك واجب وهو المنقول عن صاحب الترغيب وفتاوى القفال والشيخ ابن عبد السلام والشيخ أبي عمرو بن الصلاح قال في الخادم وهو قياس القاعدة الأصولية إن ما كان ممنوعاً منه إذا جاز وجب كالختان وقطع اليد في السرقة وهو نظير ما قالوه في البيع أنه يجب على البائع ذكر العيب بالسلعة وكذا لو علمه الأجنبي قال في المهمات دخل في عمومه ما لو استسير في نفسه وفيه نظر قال في التوسط كيف يقال يستحب أو لا يجب ولا يستحب والنية ظهر لي قديماً وقلت في شرح المنهاج وغيره أنه إذا استسير في أمر نفسه هل يذكر بعض مساوئها جوازاً أو وجوباً لم أر فيه شيئاً والوجوب مطلقاً بعيد بل عليه النصح إجمالاً بأن لا يقول في ما لا يلائمكم ونحو ذلك وبعيد جواز ما لا يباح له التحدث به من الفواحش ونحوها ولا حرج عليه في قوله عندي شح أو خلقي شديد ونحوهما فلو =

نصيحة غيره ليحترز عن مشاركته ونحوها ، وليس هذا من الغيبة المحرمة .

قلت : الغيبة تباح بستة أسباب قد أوضحتها بـدلائلها ومـا يتعلق بها وطـرق مخارجها في آخر « كتاب الأذكار » .

أحدها : التظلم ، فيجوز للمظلوم أن يتظلَّم إلى السلطان والقاضي وغيرهما ممن له ولاية أو قدرة على إنصافه ممن ظلمه ، فيقول : ظلمني فلان وفعل بي كذا .

الثاني : الاستعانة على تغيير المنكر وردٍّ العاصي إلى الصواب ، فيقول لمن يرجو قدرته على إزالة المنكر : فلان يعمل كذا فازجره عنه ، ونحو ذلك .

الثالث : الاستفتاء ، بأن يقول للمفتي : ظلمني فلان أو أبي أو أخي بكذا ، فهل له ذلك ، أم لا ؟ وما طريقي في الخلاص منه ودفع ظلمه عني ؟ ونحو ذلك . وكذا قوله : زوجتي تفعل معي كذا ، وزوجي يضربني ويقول لي كذا فهـذا جائـز للحاجة . والأحوط أن يقول : ما تقول في رجل أو زوج أو والد كان[1] من أمره كذا ، ومـع ذلـك فـالتعيين جـائـز ، لحـديث هنـد في « الصحيحين » : إن أبـا سفيـان شحيح . . . الحديث[2] .

= كان عنينا أو أشل فيجب أن يبين حاله بياناً لعيبه كما لو كان به برص ونحوه من العيب وهذا ظاهر لا شك فيه . انتهى .

قال في الخادم : قال البارزي إن كان فيه شيء من العيوب المثبتة للخيار وجب ذكره للزوجة وإن كان فيـه ما يقلل الـرغبة عنـه كسوء الخلق والشح وغيـره ممـا لا يثبت الخيـار استحب وإن كـانت المسـاوىء في المعاصي وجب عليه التوبة في الحال ويستر نفسه وإن كانت الاستسارة في ولاية فإن علم من نفسه عدم الكفاية أو الخيانة وأنه لا تطوعه نفسه على تركها فيجب عليه أن يبين ذلك أو يقول لست أهلاً للولاية . انتهى .

وذكر المساوىء محله إذا لم يحصل الغرض بدون تفضيل فإن حصل بالبعض وجب الاقتصار عليه كما ذكره المصنف في الأذكار والغزالي في الاحياء .

(١) سقط في « ط » .

(٢) وهو أن هنداً بنت عتبة قالت يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم فقال خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف .

(أخرجه البخاري ٥٠٧/٩) في كتاب النفقات / باب إذا لم ينفق الرجل حديث (٥٣٦٤) واللفظ له (ومسلم ١٣٣٨/٣) في كتاب الأقضية باب قضية هند (١٧١٤/٧) كلاهما من حديث عائشة رضي الله عنها .

الرابع : تحذير المسلمين من الشر ، وذلك من وجوه .

منها : جرح المجروحين من الرواة والشهود والمصنِّفين ، وذلك جائز بالاجماع ، بل واجب ، صوناً للشريعة .

ومنها : الإخبار بعينه عند المشاورة في مواصلته .

ومنها : إذا رأيت من يشتري معيباً ، أو عبداً سارقاً ، أو زانياً ، أو شارباً ، تذكره للمشتري ـ إذا لم يعلمه ـ نصيحة ، لا بقصد الايذاء والافساد .

ومنها : إذا رأيت متفقهاً يتردد إلى فاسق أو مبتدع يأخذ عنه علماً ، وخفت عليه ضرره ، فعليك نصيحته ببيان حاله قاصداً النصيحة .

ومنها : أن يكون له ولاية لا يقوم بها على وجهها لعدم أهليَّته أو فسقه ، فتذكره لمن عليه ولاية ليستبدل به ، أو يعرف حاله فلا يعتبر به أو يلزمه الاستقامة .

الخامس : أن يكون مجاهراً بفسقه أو بدعته ، كالخمر ، ومصادرة الناس ، وجباية المكوس ، وتولّي الأمور الباطلة ، فيجوز ذكره بما يجاهر به ، ولا يجوز بغيره إلّا بسبب آخر .

السادس : التعريف ، فإذا كان معروفاً بلقب ، كالأعمش والأعرج والأزرق والقصير ونحوها ، جاز تعريفه به ، ويحرم ذكره به تنقّصاً ، ولو أمكن التعريف بغيره ، كان أولى . هذا مختصر ما تباح به الغيبة[1] . والله أعلم .

الفصل الخامس : في الخُطبة ، بضم الخاء . يستحب لمن يخطب امرأة أن يقدِّم بين يدي خِطبته خُطبة ، فيحمد الله تعالى ، ويثني عليه ، ويصلِّي على النبي ﷺ ، ويوصي بتقوى الله تعالى[2] ، ثم يقول : جئتكم راغباً في كريمتكم ،

---

(١) انظر كل هذا في الاذكار للمصنف رحمه الله (٣٠٣) .

(٢) فعن أبي الأخوص عن عبد الله قال علمنا رسول الله ﷺ التشهد في الصلاة والتشهد في الحاجة فذكر التشهد في الصلاة كما ذكر غيره والتشهد في الحاجة أن الحمد لله نحمده ونستعينه ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا من يهده الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادي له وأشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمداً عبده ورسوله ثلاث آيات مفسرة سفيان الثوري ﴿ **اتقوا الله حق تقاته ولا تموتن إلا وأنتم مسلمون** ﴾ ـ آل عمران (١٠٢) .

ويخطب الولي كذلك ، ثم يقول : لستَ بمرغوب عنك ، أو نحو ذلك . وتستحب الخُطبة أيضاً عند العقد ، ويحصل الاستحباب سواء خطب الولي أو الزوج أو أجنبي . وإذا قال الولي : الحمد لله ، والصلاة على رسول الله ، زوَّجتك ، فقال الزوج : الحمد لله ، والصلاة على رسول الله ، قبلتُ نكاحها ، فوجهان . أحدهما : لا يصح النكاح ، للفصل ، والصحيح صحته ، وبه قطع الجمهور ، وقالوا : للنكاح خُطبتان مسنونتان ، إحداهما تتقدم العقد ، والثانية تتخلله ، وهي أن يقول الولي : بسم الله ، والصلاة على رسول الله ، أوصيكم بتقوى الله تعالى ، زوَّجتك فلانة ، ثم يقول الزوج مثل ذلك ، ثم يقول : قبلتُ ، ثم قال الأصحاب : موضع الوجهين إذا لم يطل الذكر بينهما ، فإن طال ، فالعقد باطل قطعاً(١) .

ولو تخلل كلام يسير لا يتعلق به العقد ولا يستحب فيه ، بطل العقد على الأصح . واستحب الشافعي رحمه الله أن يقول الولي : زوجتكها على ما أمر الله العظيم ، من إمساك بمعروف ، أو تسريح بإحسان . وهذا إن ذكراه قبل العقد ، فذاك . وإن قيّد الولي الايجاب به ، وقَبِل الزوجُ مطلقاً أو ذاكراً له ، فوجهان . أحدهما : يبطل النكاح ، واختاره الشيخ أبو محمد ، لأنه شرط الطلاق على أحد التقديرين . وأصحهما : الصحة ، لأن كل زوج مأخوذ به بمقتضى الشرع ، فهو ذِكر لمقتضى العقد . وفصل الامام فقال : إن أجرياه شرطاً ملزماً ، فالوجه البطلان . وإن قصدا الوعظ دون الالزام ، لم يضر . وإن أطلقا ، احتمل واحتمل ، وقرينة الحال تقتضي الوعظ .

= ﴿ اتقوا الله الذي تساءلون به والأرحام ان الله كان عليكم رقيباً ﴾ ـ النساء (١) .
﴿ اتقوا الله وقولوا قولاً سديداً ﴾ ـ الأحزاب (٧٠) .
أقر به الطيالسي في المسند ص ٤٥ حديث (٣٣٨) (وأحمد ١/ ٣٩٢/٣٩٣) (والدارمي في السنة ١٤٢/٢) في النكاح ـ باب في خطبة النكاح (وأبو داود في السنن) في النكاح ـ باب في خطبة النكاح (٢١١٨) (والترمذي ٤١٣/٣) في النكاح ـ باب ما جاء في خطبة النكاح حديث (١١٠٥) واللفظ له (والنسائي ٨٩/٩) في النكاح (وابن ماجة ٦٠٩/١) في النكاح حديث (١٨٩٢) .

(١) قال الشيخ في المنهاج الصحيح لا يستحب ذلك للزوج وكذا قال الأذكار قال في القوت القول بأنه لا يستحب ولا يبطل خارج عن كلامهما أي في الشرح والروضة قال ولم أر من قال لا يستحب ولا يبطل فضلاً عن ضعف الخلاف ثم قال وقول الشيخ أي المصنف قبلت . صح أي مع لفظه نكاحها أو تزويجها أما لو اقتصر على قوله قبلت فإنه لا يصح كما ذكره المصنف وغيره .

فرع : يستحب الدعاء للزوجين بعد العقد ، فيقال : بارك الله لك ، وبارك عليك ، وجمع بينكما في خير[١] .

قلت : ويكره أن يقال : بالرِّفاء والبنين ، لحديث ورد بالنهي عنه[٢] ، ولأنه من ألفاظ الجاهلية .

ومما يتعلق بآداب العقد ، أنه يستحب إحضار جمع من أهل الصلاح زيادة على الشاهدين ، وأن ينويَ بالنكاح المقاصد الشرعية ، كإقامة السنّة ، وصيانة دينه وغيرهما ، ويستحب للولي عرض موليته على أهل الفضل والصلاح ، لحديث عمر رضي الله عنه في « الصحيحين »[٣] . والله أعلم .

الباب الثالث في أركان النكاح

وهي أربعة .

الأول[٤] : الصيغة إيجاباً وقبولاً ، فيقول الوليّ : زوَّجتُكَ ، أو أنكحتُكَ ويقول الزوج : تزوَّجتُ ، أو نَكَحْتُ ، أو قَبِلْتُ تزويجها أو نكاحها . أو يقول الزوج أولاً : تزوَّجتُها ، أو نَكَحْتُها ، فيقول الوليُّ : زوَّجتُك أو أنكحتُكَ ، ولا ينعقد بغير لفظ التزويج والانكاح . وفي انعقاده بمعنى اللفظين بالعجميَّة من العاقدَيْن أو أحدهما أوجه . أصحها : الانعقاد . والثالث : إن لم يُحسِن العربية ، انعقد ، وإلا ، فلا . وإذا صححناه ، فذاك إذا فهم كلٌّ منهما كلام الآخر . فإن لم يفهم ، فأخبره ثقة عن

---

(١) أخرجه أحمد والداراني وأصحاب السنن وابن حبان والحاكم من حديث أبي هريرة رضي الله عنه وصححه أبو الفتح في الاقتراح على شرح مسلم .

(٢) فعن عقيل بن أبي طالب رضي الله عنه من طريق الحسن قال : تزوج عقيل بن أبي طالب امرأة من بني جشم فقبل له بالرفاء والبنين فقال قولوا كما قال رسول الله ﷺ : بارك الله فيكم وبارك لكم ـ أخرجه الدارمي وابن السني وغيرهما واختلف فيها عن الحسن أخرجه بقي بن مخلد من طريق غالب عنه عن رجل من بني تميم قال : كنا نقول في الجاهلية بالرفاء والبنين فعلمنا نبينا ﷺ فقال : قولوا فذكر (التلخيص ٣/١٧٥) .

(٣) وهو أن عمر رضي الله عنه عرض بنته حفصة رضي الله عنها حين تأيمت على عثمان وأبي بكر رضي الله عنهما فامتنع عثمان وسكت أبو بكر لأنهما علما أن رسول الله ﷺ ذكرها ثم خطبها رسول الله ﷺ فزوجه عمر رضي الله عنه إياها .

(٤) في « ط » الركن الأول .

معنى لفظه ، ففي الصحة وجهان[١] .

ولا يشترط اتفاق اللفظين منهما . فلو قال : زوَّجتُك ، فقال الزوج : نَكَحْتُ ، أو قال أنكَحْتُك ، فقال : تزوَّجتُ ، صح ، ولا ينعقد بالكناية .

فرع : إذا قال : زوَّجتُكها ، فليقُل : قبلتُ نكاحها أو تزويجها ، أو قبلتُ هذا النكاح ، فإن اقتصر على « قبلتُ » ، لم ينعقد على الأظهر . وقيل : قطعاً . وقيل : ينعقد قطعاً . وإن قال : قبلتُ النكاح أو قبلتُها ، فخلاف مرتب ، وأولى بالصحة[٢] .

ولو قال : زوِّجني أو أنكِحْني ، فقال الولي : قد فعلتُ ذلك ، أو نعم ، أو قال الوليُّ : زوَّجتُكها أو أنكَحْتُكَها ، أقَبِلْتَ ؟ فقال : نعم ، أو قال : نعم ، من غير قول الولي : أقَبِلْت ، فقيل بالمنع قطعاً . وقيل بطرد الخلاف ، وهو أقيس . وفي نظائر هذه الصور من البيع ، ينعقد البيع . وكذا لو قال : بعتك كذا ، فقال : قبلتُ ، ينعقد على الصحيح . وحكى الحناطي فيه وجهاً .

فرع : إذا كتب بالنكاح إلى غائب أو حاضر ، لم يصح . وقيل : يصح في الغائب وليس بشيء ، لأنه كناية ، ولا ينعقد بالكنايات .

---

(١) سكت الشيخ عن الترجيح قال في القوت الظاهر المنع ووافقه في الخادم على ذلك وقال خص الإمام الوجهين بما إذا لم يتعلم القابل الصيغة ولم ينتهي إلى حال لو سمعها مرة أخرى لعرف معناها فأما إذا تعلمها وقبل بالفارسية على قرب صح قطعاً لأنه التحق بمن تعرف العربية قال وأهمل شرطاً آخر وهو أن يكون الشاهدان عالمين بلغة المتعاقدين وهذا الشرط ذكره الشيخ في الكلام عن صفة الشهوة .

(٢) قال في المهمات لا يؤخذ منه تصحيح ونص في الأم على البطلان في قبلتها قال في الخادم : واصرح منه قوله في الأم في موضع آخر ولا نكاح أبداً إلا بأن يقول : قد زوجتكها أو نكحتكها فيقول الزوج قد قبلت نكاحها أو قبلت تزويجها وذكره أيضاً كذلك في المختصر وظاهره أن إضافة الضمير إليها شرط مع التصريح بالنكاح أو التزويج لكن نقل الشيخ أبو حامد النص الأم الصحة فقال قال في الأم : لو قال زوجتك فقال الزوج قبلت لم ينعقد النكاح حتى بقوله قبلت النكاح أو التزويج . انتهى . وعليه دار العراقيون ونقل الشيخ أبو حامد والمحاملي الاتفاق عليه والخلاف غريب .
ويقوي الصحة أن الألف واللام تقوم مقام الضمير كنية لا سيما مع تقدم ذكر الايجاب . انتهى .
ولو اقتصر الزوج على قبلة نكاحها أو تزويجها ولم يقل على هذا الصداق لا يلزمه المسمى لأنه لم تقبله فلا يلزمه ووجب مهر المثل صرح به الماوردي والروياني هنا وحكى الماوردي وجهاً في الخلع أنه يلزمه المسمى قال في الخادم وهذا هو القياس المتجه وأخذ تقرره وفيما قاله النظر والمعروف الأول .

ولو خاطب غائباً بلسانه ، فقال : زوَّجتُك بنتي ، ثم كتب ، فبلغه الكتاب أو لم يبلغه ، وبلغه الخبر ، فقال : قبلتُ نكاحها ، لم يصح على الصحيح . وإذا صححنا في المسألتين ، فشرطه القبول في مجلس بلوغ الخبر ، وأن يقع بحضرة شاهدي الايجاب .

قلت : لا يكفي القبول في المجلس ، بل يشترط الفور . والله أعلم .

فرع : إذا استخلف القاضي فقيهاً في تزويج امرأة ، لم يَكْفِ الكتاب ، بل يشترط اللفظ على المذهب ، وحكى الحناطي وجهين وليس للمكتوب إليه اعتماد الخط على الصحيح[١] .

فرع : إذا قال[٢] زوّجني ، قال الولي : زوَّجتُك . فإن قال الزوج بعده : قَبِلْتُ ، صح النكاح قطعاً ، وإلاّ ، فالمذهب والنّص صحتُه أيضاً[٣] .

وقيل بطرد الخلاف السابق في البيع في مثله . والخُلع ، والصُّلح عن الدم ، والاعتاق على مال ، ينعقد بالاستيجاب والايجاب على المذهب ، وبه قطع الجمهور . فإذا قالت : طلِّقني أو خالِعني على ألف ، فأجابها الزوج ، طَلَقَتْ ولزمها الألف ، ولا حاجة إلى قبول بعده . وكذا لو قال العبد لسيده : أعتقني على كذا ، فأجابه إليه ، أو قال : مَن عليه القصاص : صالحني على كذا ، فقال المستحق : صالحتُك عليه . وقيل بطرد الطريقين في كل هذه العقود كالنكاح .

وأما الكتابة فكالعتق ، وقيل : كالنكاح . هذا كله إذا كانت صيغته : زوِّجني أو خالِعني وأعتقني ونحوها . فلو قال الزوج : قُل : زوَّجتُكَها ، قال الشيخ أبو محمد : ليس هو باستيجاب ، لأنه استدعى اللفظ دون التزويج ، فإذا تلفَّظ اقتضى القبول .

ولو قال الولي أولاً : تَزوَّج ابنتي ، فقال : تزوَّجْتُ ، فهو كما لو قال الزوج :

---

(١) قال الشيخ البلقيني هذا ليس بالمعتمد لأن هذا فرع من فروع القاضي .
والقاضي يجوز أن يولي نائبه القضاء وللإمام أن يولي القاضي بالمشافهة باللفظ والمراسلة والمكاتبة عند الغيبة ويجيء في المكاتبة والمراسلة خلاف كما قاله في الوكالة .

(٢) في « ط » إذا قال الولي .

(٣) قال الشيخ البلقيني لا بد أن يقول الزوج بعده قبلت نكاحها أو قبلت هذا النكاح وإلا فالخلاف باق وإن كان الأصح الصحة . انتهى .

زوِّجني ، فقال الولي : زوَّجتُك ، هكذا قالوه . وقد حكينا عن بعضهم المنع في البيع ، ويمكن أن يقال بمثله هنا . ولو قال : أتزوِّجني ابنتك ؟ فقال الولي : زوَّجتك ، هكذا قالوه . وقد حكينا عن بعضهم المنع في البيع ، ويمكن أن يقال بمثله هنا . ولو قال : أتزوِّجني ابنتك ؟ فقال الولي : زوَّجتُكَ[1] ، لم ينعقد إلا أن يقول الخاطب بعده : تزوَّجتُ ، وكذا لو قال الولي : أتتزوج بنتي ، أو تزوَّجتَها ؟ فقال : تزوَّجتُ ، لا ينعقد ، إلا أن يقول الولي بعده : زوَّجتك ، لأنه استفهام . ولو قال المتوسِّط للولي : زوَّجتَه ابنتَك ؟ فقال : زوَّجتُ ، ثم أقبل على الزوج فقال : قَبِلتَ نكاحها ؟ فقال : قبلتُه ، صح على الأصح ، لوجود الايجاب والقبول مترابطين ، ومنعه القفال ، لعدم التخاطب[2] .

فرع : تشترط الموالاة بين الايجاب والقبول على ما سبق في البيع . ونقل القاضي أبو سعد الهروي : أن أصحابنا العراقيين اكتفَوا بوقوع القبول في مجلس الايجاب .

قلت : الصحيح ، اشتراط القبول على الفور ، فلا يضر الفصل اليسير ، ويضر الطويل ، وهو ما أشعر بإعراضه عن القبول ، فهذا هو المعروف في طريقتي العراق وخراسان . وما ادعاه الهروي عن العراقيين جملة لا يُقْبَل ، والمشاهدة تدفعه ، والدليلُ يبطله ، فلا اغترار به . والله أعلم .

فرع : إذا وُجد أحد شِقَّي العقد من أحد العاقدين ، فلا بد من إصراره عليه حتى يوجد الشِّق الآخر ، فلو رجع عنه ، لغا العقد . وكذا لو أوجب ثم جُنّ أو أُغمي عليه ، لغا إيجابه ، وامتنع القبول . وكذا لو أذنت المرأة في تزويجها حيث يعتبر إذنها ، ثم أُغمي عليها قبل العقد ، بطل إذنها .

---

(١) قال الشيخ البلقيني لا بد أن يقول ابنتي وإلا فيكون فيه خلاف قبلت النكاح ولا بد أن يقول الخاطب تزوجتها .

(٢) قال الشيخ البلقيني لا يكفي أن يقول زوجت بل لا بد أن يقول زوجتها من فلان ولا يكفي قول الزوج قبلت بل لا بد أن يقول قبلت نكاحها . انتهى .

وقال الأذرعي : عبارة البغوي والرافعي فقالت قبلت بغيرها وفي نسخ من الرافعي فقال قبلت نكاحها وهو مراده والبغوي وأما قول الروضة قبلته فيوهم أن الهاء تقوم مقام قوله نكاحها وليس تحيد . انتهى ما أردته منه .

فصل : النكاح لا يقبل التعليق ، كقوله : إذا جاء رأس الشهر ، فقد زوَّجتُك . فلو أخبر بمولود ، فقال لجليسه : إن كانت بنتاً ، فقد زوَّجتَكها ، أو قال : إن كانت بنتي طلَّقها زوجها ، أو مات عنها وانقضت عدتها ، فقد زوَّجتُكها ، أو لو كان تحته أربع نسوة ، فقال له رجل : إن كانت ماتت إحداهن فقد زوَّجتُك بنتي ، أو قال : إن مات أبي وورثتُ هذه الجارية ، فقد زوجتكها ، وبان الأمر كما قدّر ، لم يصح النكاح على المذهب[1] ، وبه قطع الأكثرون . وقيل : وجهان كمن باع مال أبيه ظانّاً حياته فبان ميتاً . قال البغوي : ولو بُشر ببنت ، فقال : إن صدق المخبر فقد زوَّجتُكها ، صح ، ولا يكون ذلك تعليقاً ، بل هو تحقيق ، كقوله : إن كنتِ زوجتي فأنتِ طالق ، وتكون « إنْ » بمعنى « إذ » . قال : وكذا لو أخبر من له أربع نسوة بموت إحداهن ، فقال لرجل : إن صدق المخبر فقد تزوجْتُ بنتك ، فقال ذلك الرجل : زوَّجتُكها ، صح ، وهذا الذي قاله البغوي ، يجب أن يكون مفروضاً فيما إذا تيقن صدق المخبر ، وإلا ، فلفظ « إن » للتعليق[2] .

فرع : قال : زوَّجتُك بنتي على أن تزوجني بنتك ، على أن يكون بُضع كل

---

(١) قال في الخادم : قيل كيف يتصور الاذن من الزوجة المدخول بها قلنا يتصور فيما إذا كانت مجنونة أو عاقلة أذنت له أنها إذا طلقت واعتدت أن يزوجها كما أشار إلى صحة هذا الاذن البغوي في فتاويه كما لو قال لوكيل أذنت لك في تزويجها إذا انقضت عدتها وكلام الروضة يقتضي تصحيحه فقال قبيل الصداق وفي فتاوى البغوي أنها لو قالت لوليها وهي في نكاح أو عدة أذنت لك في تزويجي إذا طلقت وانقضت عدتي فينبغي أن يصح الاذن كما يصح التوكيل كذا قاله وفيه وجه ضعيف أنه لا يصح سبق في الوكالة . انتهى وهو عجيب فقد صحح هذا الوجه في الوكالة وذكر في أثناء الطرف الثالث ما يوافق الأول فقال : ولو وكله في حال إحرام الوكيل أو الموكل أو المرأة نظر إن وكله ليعقد في الاحرام لم يصح وإن قال الزوج بعد التحلل أو أطلق صح . انتهى ما أردته من الخادم وتصور ما ذكره الشيخ أيضاً في البكر إذا وطئت في الدبر وقلنا بوجوب العدة .

(٢) قال في الخادم يجيء إن بمعنى إذ من مقولات الكوفيين وطردوه بالفعل فيه محقق الوقوع وهو يقوى بتنزيل الرافعي كلام البغوي على ما إذا اعتقد صدقه لكن منع منه البصريون وتأولوا ما ورد ذلك على تعزيز تسليمه فينبغي التفصيل بين النحوي وغيره كما في نظائره فإن هذا لا يعرفه إلا الخواص من الناس ثم إنه استشكل قول الشيخ وهذا الذي قاله البغوي يجب أن يكون مفروضاً فيما إذا تيقن صدق المخبر وإلا فلفظ إن للتعليق فإن الشهود لا يعلمون أنه قصد التحقيق إلا بخبره فينبغي شهادة بإقراره بالعقد لا على إنشائه فينبغي ألا يصح وفيما قاله نذر ويشهد لصحة ما قاله الرافعي والشيخ ما سيأتي أنه لو قال زوجتك فاطمة ولم يقل ابنتي لكن نواها أنه يصح ونقله عن العراقيين والبغوي وسيأتي الكلام على هذا إن شاء الله .

واحدة صداقاً للأخرى ، فقبل الآخـر ، أو قال : زوَّجتُـك بنتي وتزوّجتُ بنتـك أو أختك ، على أن يكون بضع كل واحدة صداقاً للأخرى ، فقال المخاطَب : تزوَّجتُ وزوجتُ على ما ذكرتَ ، فهذا نكاح الشِّغار ، وهو باطل ، للحديث الصحيح[1] ، ولمعنى الاشتراك في البضع . وقال القفال : للتعليق والتوقف .

ولو قال كل واحد : زوَّجتُك بنتي على أن تزوِّجني بنتَك ، وقبِل الآخر ، ولم يجعلا البُضع صداقاً ، فوجهان . أصحهما : الصحة ، لأنه ليس فيه إلاّ شرط عقد في عقد ، وذلك لا يُفسد النكاح . فعلى هذا ، يصح النكاحان ، ولكل واحدة مهر المثل . والثاني : لا يصح لمعنى التعليق والتوقف . وخص الامام الوجهين بما إذا كانت الصيغة هذه ، ولم يذكرا مهراً ، وقطع بالصحة فيما لو قال : زوَّجتُك بنتي بألف على أن تزوجني بنتك ، وفيما قاله نظر .

فعلى الوجه الأول ، لو قال : زوَّجتُك على أن تزوِّجني بنتك ، وبضعُ بنتك صداق لبنتي ، فقبِل ، صح الأول ، وبطل الثاني . ولو قال : وبضع بنتي صـداق لبنتك ، بطل الأول ، وصح الثاني ، وهذا نظر إلى معنى التشريك . ولو سمَّيا لهما أو لإحـدهما مهـراً مع جعـل البضع صـداقاً ، بـأن قال : زوَّجتُـك بنتي بـألف على أن تـزوِّجني بنتك بألف ، وبضع كل واحد صداق للأخرى ، أو قال : على أن تزوجني بنتك ، وبضـع كل واحـدة صداق لـلأخرى ، أوقـال : زوَّجتُك بنتي على أن تـزوّجني بنتـك ويكـون بضع كل واحدة وألف درهم صداقاً للأخرى ، فوجهان . أحدهما : وهو ظاهر نصه في « المختصر » : الصحة . وأصحهما : البطلان ، وهو نصه في « الاملاء » .

فرع : قال زوَّجتك بنتي بمتعة جاريتك ، صح النكاح ، وفسد الصداق . ولو قال : زوَّجتك جاريتي على أن تزوجني بنتك ، وتكون رقبة جاريتي صداقاً لبنتك ، قال ابن الصباغ : صح النكاحان ، لأنه لا تشريك فيما يرد عَليه عقد النكاح ، ويفسد الصداق ، ويجب لكل واحدة مهر المثل ، ويجيء على معنى التعليق والتوقف أن يحكم ببطلان النكاحين .

---

(١) من حديث ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ نهى عن الشغار والشغار أن يزوج الرجل ابنته على أن يـزوجه الآخـر ابنته ليس بينهمـا صداق . (البخـاري ١٦٢/٩) في النكاح ـ بـاب الشغار (٥١١٢) (ومسلم ١٠٣٤/٢) في النكاح ـ باب تحريم نكاح الشغار (١٤١٥/٥٧) .

ولو طلق امرأته على أن يزوّجه صاحبُه بنته ، ويكون بضع امرأته صداقاً لها ، وزوّجه صاحبه على ذلك ، فهل يبطل النكاح ، أم يصح ويفسد الصداق ؟ وجهان حكاهما ابن كج عن ابن القطان .

قلت : أفقههما : الثاني . والله أعلم .

ولو طلق امرأته على أن يعتق صاحبه عبده، ويكون طلاق امرأته عوضاً عن عتقه ، قال الحناطي : يقع الطلاق ولا رجوع بالمهر على أحد . وفي عتق العبد وجهان . إن عتق ، فلا رجوع بقيمته . وقال ابن كج : عندي يقع الطلاق ويحصل العتق ، ويرجع المطلق على المعتق بمهر امرأته ، والمعتق على المطلق بقيمة عبده .

فصل : النكاح الموقّت باطل ، سواء قيده بمدة مجهولة أو معلومة[1] ، وهو نكاح المتعة . وإذا وطىء في نكاح المتعة جاهلاً بفساده ، فلا حدَّ . وإن علم ، فلا حدّ أيضاً على المذهب . وحيث لا حدَّ ، يجب المهر والعدة ، ويثبت النسب .

ولو قال : نكحتها متعة ، ولم يزد على هذا ، حكى الحناطي في صحة النكاح ، وجهين .

قلت : الأصح ، البطلان . والله أعلم .

الركن الثاني : المنكوحة ، ويشترط خلوها من موانع النكاح . والكلام في الموانع مبسوطة في مواضعها ، لا سيما « باب الموانع » ، فيقتصر هنا على عدِّ تراجمها . فمن الموانع أن تكون منكوحة أو معتدة من غيره[2] ، أو مطلقته بالثلاث

---

(١) قال في الخادم : يرد عليه ما لو قال زوجتك مدة حياتك أو مدة عمرك فإنه يصح وليس هذا نكاح متعة بل هو تصريح بمقتضى العقد وهو نظير ما لو قال وهبتك أو اعمرتك هذا الدار .

(٢) احترز في قوله عدة الغير عن عدة نفسه قال في الخادم نعم لو نكح امرأة قد وطئها بشبهة قال في البحر في باب الزنا لا يحرم الحلال فله أن ينكحها في عدتها لأن عدتها من مائة قال الشافعي ـ رضي الله عنه ـ ولو تركه كان أحب إلي وأخذ صاحب الخادم يقوي هذا وإطلاق الشيخ يتناول هذه الصورة قيل وأهمل الشيخ من الموانع الجهل بخلوها من الموانع وقد ذكر الشيخ في باب الزنا أنه لو نكح امرأة لا يدري هل هي معتدة أم لا أو اخته من الرضاع أم لا أن النكاح لا يصح .

قال في الخادم وجعل الشيخ أبو حامد من الموانع اختلاف الجنس حتى لا يجوز للآدمي أن يتزوج جنية =

ما لم تحلل ، أو ملاعنته ، أو مرتدة ، أو مجوسية ، أو وثنية ، أو زنديقة ، أو كتابية دخلت في دينهم بعد مبعث رسول الله ﷺ أو بعد تبديلهم على الأظهر ، أو تكون أمةً والناكح حر واجدٌ طَوْلَ حرة ، أو غير خائف عنتاً ، أو يكون بعضها أو كلُّها ملكاً للناكح ، أو تكون محرماً له ، أو خامسة ، أو يكون في نكاحه أختها وغيرها ممن لا يجمع بينها وبينها ، أو تكون محرِمة بحج أو عمرة ، أو ثيباً صغيرة ، أو تكون يتيمة لا جَدَّ لها[١] .

فصل : يشترط في كل واحد من الزوجين أن يكون معيَّناً . فلو قال : زوَّجتك إحدى بنتيَّ ، أو زوجت بنتي أحدكما ، أو أحد ابنيك ، لم يصح . ولو كان له بنت واحدة فقال : زوَّجتك بنتي ، صح وإن لم يسمِّها[٢] .

ولو كانت حاضرة فقال : زوجتك هذه ، أو كانت في الدار فقال : زوجتك التي في الدار ، وليس فيها غيرها ، صح[٣] .

= وفيه نظر فإن التكليف يعمهما إلى آخر ما ذكره وما ذكره عن الشيخ أبي حامد نقله بعضهم عن ابن يونس في شرح التعجيز ونقل عن القمولي ـ الكراهة .

(١) قال في الخادم كذا اقتصر على نفي الحد خاصة وهو عجيب مخالف لكلام الرافعي فإنه قال في باب الفيء قال الأكثرون اليتيـم الصغير الذي ليس له أب فاكتفوا بفقد الأب إلى أن قال يريد الرافعي في باب الوصية وكلام الوجيز يفهم اشتراط فقد الأصول لكن غالب الظن خلافه إلى أن قال اعني صاحب الخادم فظهر أن ما قاله هنا وجه ضعيف وأما عبارة الروضة فلم يصِر إليها أحد وهو القول بفقد الحد خاصة وهذا سهو فاحش من الزركشي فإن كلام الشيخين في يتيمة لا يصح نكاحها في حال يتمها فذكر أنها لا جد لها فإن اليتيمة التي لها جد وهي بكر يزوجها جدها بولاية الاجبار مع كونها يتيمة وأما تعريف اليتيم فقدمه الشيخان في باب الفيء وهذا ظاهر لا خفاية وعجب من رده وخشونة لفظه والله يغفر له .

(٢) قال في الخادم يدخل في كلامه فرع غريب وهو ما لو قال الولي لآخر زوجتك وهذا الحائط بكذا قال البحر في باب الزنا لا يحرم الحلال فيه وجهان مبنيان على من زوج بنته من فلان ومن الحائط وفيه وجهان أصحهما بطلان النكاح فيهما قال ذكره والدي وما ذكره من دخول هذا الفرع في كلام الرافعي فيه نظر والظاهر عدم الدخول لأن الكلام فيمن يصح تزويجه في الجملة والحائط خارج عن ذلك والفرع المذكور ليس الفساد فيه لعدم التعيين بل لوجود التشريك بين من يقبل عقد النكاح وبين من لا يقبل ولهـذا طرقه خلاف بخلاف ما لو قال زوجت أحدكما وأشار إلى رجلين فإنه باطل قطعاً .

(٣) قال في الخادم أطلق ذلك وقيده المتولي بما إذا كانت سافرة قال فإن كانت متنقبة أو من وراء ستر والزوج لا يعرفها بوجهها ولا ذكر اسمها ولا نسبها لم يصح لأنها مجهولة إلى آخر ما نقله عنه .
ثم قال وكلام الرافعي وغيري يشعر بفرض المسألة فيما إذا كان الأب ونحوه ممن يعلم نسبه منها فتصير معلومة النسب عند الزوج فلا يكون مخالفاً لكلام المتولي .

ولو كان له بنت واحدة ، فقال : زوَّجتك بنتي فلانة ، وسماها بغير اسمها ، صح النكاح على الأصح ، لأن البنتية صفة لازمة مميزة ، فاعتبرت ولغا الاسم ، كما لو أشار إليها وسماها بغير اسمها ، فإنه يصح قطعاً . وقد يمنع هذه الصورة القائل الآخر ، والأصح الصحة فيهما ، حتى لو قال : زوجتك هذا الغلام ، وأشار إلى بنته ، نقل الروياني عن الأصحاب صحة النكاح ، تعويلاً على الاشارة .

ولو قال : بعتك داري هذه ، وحددها غلط في حدودها ، صح البيع ، بخلاف ما لو قال : بعتك الدار التي في المحلة الفلانية ، وحددها وغلط ، لأن التعويل هنا على الاشارة .

ولو قال : بعتك داري ، ولم يقل : هذه ، وحددها وغلط ، ولم يكن له دار سواها ، وجب أن يصح تفريعاً على الأصح في قوله : زوجتك بنتي فلانة وغلط في اسمها .

وأما إذا كان اسم بنته الواحدة فاطمة ، فقال : زوَّجتك فاطمة ، ولم يقل : بنتي ، فلا يصح النكاح لكثرة الفواطم ، لكن لو نواها ، صح . كذا قال به العراقيون والبغوي ، واعترض ابن الصباغ بأن الشهادة شرط ، والشهود لا يطلعون على النية ، وهذا قوي ، ولهذا الأصل منعنا النكاح بالكنايات[١] .

ولو كان له بنتان فصاعداً ، اشترط تمييز المنكوحة باسم أو إشارة أو صفة ، كقوله : فاطمة ، أو هذه ، أو الكبرى . قال المكتفون بالنية : أو بأن ينويا واحدة بعينها وإن يَجْرِ لفظ مميز .

ولو قال : بنتي الكبرى وسماها باسم الصغرى ، صح النكاح على الكبرى على الوصف . ويجيء على قياس الوجه المذكور في الواحدة أن يبطل النكاح[٢] .

---

(١) قال الشيخ البلقيني هذا الذي اعترض عليه ابن الصباغ ليس بالقوي وجوابه أن الكناية إنما تضر في نفس الصيغة المعتبر بها إذا أبدلها بغيرها مما ليس برجمتها . وأما هنا فقد وجدت الصيغة الصريحة وتسمية المعقود عليها فلا يضر القصد ويعينها وقد سئلت عن وكيل قال لشخص زوجتك بنت موكلي ولم يسمه ولكن نواه هو والزوج فأفتيت بأنه يصح على قياس الصورة وهو الأصح والله أعلم . انتهى .

(٢) ما ذكره الشيخ بحثاً عن مجيء الخلاف صرح به في التتمة .

وإذا لم يتعرض للكبر والصغر ، بل قال : زوَّجتك بنتي فلانة ، وذكر اسم الكبيرة وقصد تزويجه الصغيرة ، أو بالعكس ، وقصد الزوج التي قصدها الولي ، صح النكاح على التي قصداها ، ولغت التسمية . وفي الاعتماد على النية الاشكال السابق[١] .

ولو قال الزوج : قصدنا الكبيرة ، فالنكاح في الظاهر منعقد على الكبيرة . وإن صدَّق الوليّ في أنه قصد الصغيرة ، لم يصح ، لأنه قَبِل غير ما أوجب ، هكذا ذكره العراقيون والبغوي المعتبرون للنية ، وهذا يخالف مسألة منقولة ، وهي أن زيداً خطب إلى قوم ، وعمراً إلى آخرين ، ثم جاء زيد إلى الآخرين ، وعمرو إلى الأولين ، وزوج كل فريق من جاءه ، قال ابن القطان : وقعت في أيام أبي السائب ببغداد ، فأفتى الفقهاء بصحة النكاحين ، ومعلوم أن كل ولي أوجب لغير من قَبِل .

قلت : ليست هذه المسألة مثلها ، والفرق أظهر من أن يُذكَر .

ومن فروع المسألة ، زوَّج رجل رجلاً إحدى بنتيه ، فمات الأب ، وادَّعت كلُّ واحدة عليه أنها زوجته ، أو ادعى هو على إحداهما ، وسيأتي بيانه إن شاء الله تعالى في الباب الثاني عشر . والله أعلم .

الركن الثالث : الشهادة[٢] ، فلا ينعقد النكاح إلّا بحضرة رجلين مسلمين مكلفين حرين عدلين سميعين بصيرين متيقظين عارفين لسان المتعاقدين . وقيل : يصح بالأعميين ، وحكى أبو الحسن العبادي رحمه الله وجهاً أنه ينعقد بمن لا يعرف لسان المتعاقدين ، لأنه ينقله إلى الحاكم .

وأما المغفَّل الذي لا يضبط ، فلا ينعقد به ، وينعقد بمن يحفظ وينسى عن قريب .

---

(٣) تقدم جواب الشيخ البلقيني عن الاشكال قال في الخادم ولهذه شبه بما لو نوى بقلبه صلاة الظهر وتلفظ بالعصر فإنها تنعقد ظهراً . انتهى ما أردته منه .

(٢) لقوله ﷺ لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل .
أخرجه ابن حبان ذكره الهيثمي في الموارد (١٢٤٧) (والدارقطني ٢٢٦١٣) (والبيهقي ١٢٥/٧) وصححه ابن حزم في محلاه والمعنى في اعتبارهما للإيضاح وصيانة الأنكحة عن الجحود .

وفي الأخرس وذي الحرفة الدنيَّة ، والصباغ ، والصائغ ، وجهان[(١)] .

وفي عدُوَّي الزوجين أو أحدهما ، أوجه . أصحها عند البغوي وهو المنصوص في « الأم » : الانعقاد . والثالث : ينعقد بعدوي أحدهما دون عدوَّيهما ، واختاره العراقيون . وفي ابنيهما وابني أحدهما وابنه وابنها هذه الأوجه . وقيل : يختص الخلاف بهذه الصورة ، وينعقد في العدوين قطعاً ، لأن العداوة قد تزول .

وقيل : ينعقد بابنيها وعدُوّيه دون ابنيه وعدوّيها ، لأنه محتاج إلى الاثبات دونها ، ويجري الخلاف في جده وجدها ، وأبيه مع جدها .

وأما أبوها ، فولي عاقد ، فلا يكون شاهداً[(٢)] .

ولو وكَّل ، لم ينعقد بحضوره ، لأن الوكيل نائبه ، وكذا لو وكَّل غير الأب وحضر مع شاهد آخر ، لم ينعقد . قال البغوي في « الفتاوى » : لو كان لها إخوة ، فزوَّج أحدهم ، وحضر آخران منهم شاهدين ، ففي صحة النكاح جوابان . وجه المنع : أن الشرع جعل المباشِر نائباً عن الباقين فيما توجه عليهم .

قلت : الراجح منهما ، الصحة . قال أصحابنا : وينعقد بحضرة ابنيه مع ابنيها ، أو عدوّيه مع عدوّيها بلا خلاف ، لإمكان إثبات شِقّته[(٣)] . والله أعلم .

---

(١) قال في المهمات أسقط من كلام الرافعي بناه في الأخرس على قبول شهادته ومقتضاه تصحيح عدم الانعقاد فإن الأصح عدم قبولها وأما الحرفة الدنية فالذي اختاره الشيخ المصنف في الشهادات الفرق بين من اعتادها وكالة حرفة أبيه أم لا .

(٢) يتصور كون الأب شاهداً لا خلاف الذي بان كان الأب مسلماً وهي كتابية أو للرق بأن تكون رقيقة والأب حر وصورة في المطلب بما إذا عضل الأب فزوج الحاكم فإن الأب لا يخدع بعضله عن أهله ما لم يتكرر على وجه فلو حضر العقد مع رجل آخر فهل يلحق بالجد لأن الحاكم في هذه الحالة ولي من جهة الشرع لحديث فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له أو يكون كما لو وكل الأب من يتعاطى التزويج لأن الحاكم نائب عنه فيه احتمالان يؤخذان من خلاف حكاه الإمام أن الحاكم هل يزوج عند العضل بطريق الولاية أو النيابة انتهى كلام صاحب المطلب وقضيته إن قلنا أنه يزوج بطريق الولاية صح أو بطريق النيابة فلا يصح كما لو وكل الأب في التزويج وحضر مع شاهد آخر لكن الحاكم يزوج بطريق النيابة القهرية فلا يصح تنزيلها منزلة الوكالة .

(٣) نوزع الشيخ في نفي الخلاف فإن المتولي حكى وجهاً أنه لا ينعقد وكذا القاضي الحسين في التعليق .

فرع : ينعقد النكاح بشهادة المستورين على الصحيح[١] . وقال الاصطخري : لا .

والمستور : من عرفت عدالته ظاهراً ، لا باطناً ، وقال البغوي : لا ينعقد بمن لا تعرف عدالته ظاهراً ، وهذا كأنه مصور فيمن لا يعرف إسلامه ، وإلا ، فظاهر من حال المسلم الاحتراز من أسباب الفسق .

قلت : الحق ، قول البغوي ، وأن مراده من لا يعرف ظاهره بالعدالة ، وقد صرح البغوي بهذا ، وقاله شيخه القاضي حسين ، ونقله إبراهيم المروذي عن القاضي ولم يذكر غيره[٢] . والله أعلم .

ولا ينعقد بمن لا يظهر إسلامه وحريته ، بأن يكون في موضعٍ يختلط فيه المسلمون بالكفار والأحرار بالعبيد ولا غالب . وتردد الشيخ أبو محمد في مستور الحرية ، والصحيح الأول ، بل لا يكتفى بظاهر الاسلام والحرية بالدار حتى يعرف حاله فيهما باطناً . هذا مقتضى كلام البغوي وغيره ، وفرقوا بأن الحرية يسهل الوقوف عليها ، بخلاف العدالة والفسق .

ولو أخبر عدلٌ بفسق المستور ، فهل يزول الستر فلا ينعقد بحضوره ، وإن زال فيسلك به مسلك الرواية ؟ أم يقال : هو شهادة فلا يقدح إلّا قول من يجرح عند القاضي ؟ تردد فيهما الامام .

---

(١) في فتاوى الشيخ أبي عمر بن الصلاح أن محل الخلاف إذا كان العاقد غير الحاكم فإن كان الحاكم اشترط فيه العدالة الباطنة بلا خلاف لتيسرها عليه بخلاف الآحاد وتبعه الشيخ المصنف في نكت التنبيه لكن في التتمة أن الصحيح الانعقاد من الحاكم أيضاً وهو قضية كلام الروياني في نقله عن النص .

(٢) قال في المهمات ما قال النووي أنه الحق مردود لمخالفته النص المتقدم وأشار إلى قول الشافعي رضي الله عنه ولو حضر رجلان مسلمان العقد ولا يعرف حالهما من العدالة والفسق في الظاهر انعقد النكاح بهما لأن الظاهر من المسلمين العدالة ثم قال في المهمات وقوله إن البغوي صرح بأن مراده من لا يعرف ظاهره بالعدالة عجيب فقد حكاه عنه الرافعي وإنما توقف في مهم المراد منه . وحاصل كلام البغوي أنها أقسام من عرفت عدالته ظاهراً وباطناً بحكم الحاكم بها وهو واضح ومن عرفت ظاهراً بالمخالطة من غير حكم فينعقد معها النكاح على المعروف ومن لا يعرف ظاهراً ولا باطناً كمن علمنا اسلامه ولم يخالطه فينعقد به على الصواب المنصوص إلى آخره .

قال في التوسط لفظ التهذيب : وينعقد النكاح برجاله مستورين بالاتفاق والمستور من يكون عدلاً في الظاهر ولا يعرف عدالة باطنه بخلاف الحكم لا يجوز برجاله المستورين لأن الحكم يكون بالحاكم .

قلت : لو ترافع الزوجان إلى حاكم ، وأقرا بنكاح عقد بمستورين ، واختصما في حق زوجته ، كنفقة ونحوها ، حكم بينهما ، ولا ينظر في حال الشاهدين إلاّ أن يعلم فسقهما فلا يحكم . فإن جحد أحدهما النكاح ، فأقام المدعي مستورين ، لم يحكم بصحته ولا فساده ، بل يتوقف حتى يعلم باطنهما ، ذكره الشيخ أبو حامد وغيره . والله أعلم .

فرع : لو بان الشاهد فاسقاً حال العقد ، فالنكاح باطل على المذهب ، كما لو بان كافراً أو عبداً ، وإنما يتبين الفسق ببينة أو بتصادق الزوجين أنهما كانا فاسقين ولم نعلمهما ، أو نسينا فسقهما .

فأما لو قالا : علمنا فسقهما حينئذٍ ، أو علمه أحدنا ، فقال الامام : نتبين البطلان بلا خلاف ، لأنهما لم يكونا مستورين عند الزوجين ، وعليهما التعويل ، ولا اعتبار بقول الشاهدين : كنا فاسقين يومئذٍ ، كما لا اعتبار بقولهما : كنا فاسقين بعد الحكم بشهادتهما[١] ، وكذا لو تقارّ الزوجان أن النكاح وقع في الاحرام أو العدة أو الردة ، نتبين بطلانه ، ولا مهر إلاّ إذا كان دخل بها ، فيجب مهر المثل[٢] فلو نكحها

(١) قال الأذرعي إن أراد بقوله والاعتبار بالنسبة إلى التفريق فذاك وإن أراد السلب الكلي ففيه تطويل بظن أثره في صور كثيرة كما لو حضرا عقد أختهما ونحوهما ثم قالا ذلك ثم ماتت قبل الدخول أو بعده وهما وارثاها أثر قولهما في سقوط المهر قبل الدخول وفي فساد المسمى بعده . انتهى وكذا يؤثر قولهما في إرثها من زوجها إذا ماتت بعد الزوج وهما وارثاها وكذا الحكم في الكسوة والنفقة .

(٢) قال في الخادم ما ذكره فيما إذا اعترفا بوقوعه في العدة من وجوب مهر المثل بعد الدخول عجيب فإن مهر المثل إنما يجب إذا كانت الشبهة قائمة كالنكاح في الاحرام ، أما لو كان في العدة ثم وطىء مع علمهما بالحكم فهي زانية ولا مهر لها . انتهى وقد يجاب بأن قول الشيخ محمول على ما لو لم يعلما بأنها في العدة وإلا فيجب مهر المثل ويستثنى من إطلاقه ما لو وقع الدخول حال العلم بأن العدة لم تنقض حال صدور النكاح فلا مهر لها لأنها زانية لكان حسناً وقال صاحب الخادم أيضاً اطلاقه ارتفاع النكاح بتصادقهما يقتضي أنه لا فرق فيه بين ما يتعلق بحقهما وحق الله حق لا سيما قوله فإنه يقتضي أنه لا يحتاج إلى محلل لكن قال في الكافي محل تبين البطلان باعترافهما إنما هو فيما يتعلق بحقهما أما حق الله تعالى بأن طلقها ثلاثاً ثم توافقا على فساد العقد بهذا السبب أو بغيره فلا يجوز أن يوقعا نكاحاً إلا بمحلل قال ولو أرادا إقامة بينة على ذلك لم يسمع قولهما ولا بينتهما . انتهى .
قال الأذرعي بعد نقله فقد قال القفال هو في الحكم الظاهر وأما في الباطن فالنظر إلى ما في نفس الأمر وأما سماع البينة فهو جار على طريقة البغوي وسبق التنبيه على ذلك في باب المرابحة وغيره ويلحق بتقادر الزوجين علم القاضي به على المذهب . قال في القوت قال ابن الرفعة قبول قولهما يطرد في

بعد ذلك ، ملك ثلاث طلقات .

ولو اعترف الزوج بشيء من ذلك وأنكرت ، لم يقبل قوله عليها في المهر ، فيجب نصف المسمى إن كان قبل الدخول ، وكله إن كان بعده ، ويفرق بينهما بقوله . وفي سبيل هذا التفريق خلاف . قال أصحاب القفال : هو طلقة بائنة ، فلو نكحها يوماً ، عادت بطلقتين . قالوا : وهذا مأخوذ من نصّ الشافعي رضي الله عنه ، أنه لو نكح أمة ، ثم قال : نكحتها وأنا واجد طَوْلَ حرة بانت بطلقة . وعن الشيخ أبي حامد والعراقيين : أنها فُرقة فسخ لا تنقص عدد الطلاق ، كما لو أقر الزوج بالرضاع . وإلى هذا مال الامام ، والغزالي ، وهؤلاء أنكروا نصه في مسألة الامة ، ولإنكاره وجه ظاهر ، لأنه نص في « عيون المسائل » أنه إذا نكح امة ، ثم قال : نكحتها وأنا أجد طَوْلاً ، فصدَّقه مولاها ، فسخ النكاح بلا مهر ، فإن كان دخل ، فعليه مهر مثلها . وإن كذبه ، فسخ النكاح بإقراره ، ولم يصدَّق على المهر ، دخل أم لم يدخل . هذا لفظه وهو يوافق قول العراقيين .

قلت : الأصح أو الصحيح ، قول العراقيين . وحكى العراقيون وجهاً : أنه يقبل قوله في المهر ، فلا يلزمه . وعلى هذا قالوا : إن كان اعترافه قبل الدخول ، فلا شيء عليه . وإن كان بعده ، فعليه أقل الأمرين من المسمى ومهر المثل ، ولا خلاف أنها إذا ماتت لا يرثها . وإن مات قبلها ، فإن قلنا : القول قوله ولم يكن حلف ، فيحلف وارثه : لا يعلمه تزوجها بشهادة عدلين ، ولا إرث إن قلنا : القول قولها ، حلفت أنه عقد بعدلين وورثت[1] .

= الزوج والزوجة الرشيدة فلو كانت سفيهة ففائدة إقرارها إنما هو في سقوط المهر إذا كان قبل الدخول أو الرجوع إلى مهر المثل إن كان بعده وإقرارها في إبطال ما ثبت لها من المال لا يسمع . انتهى .

(١) قال الشيخ البلقيني فيه سهو في مواضع نشأت من شيء واحد هو اعتق ذلك الخلاف في أن القول قوله أم قولها في بقاء العقد ورفعه وهذا فيه خلافاً بل الحكم فيه القطع بارتفاع النكاح بمجرد هذه الدعوى الصادرة من الزوج بخلاف في أن القول قولها أم قوله في المهر وحينئذ فقوله فيحلف وارثه إلى قوله ولا إرث ففي الارث يحلف الوارث فيه سهو في موضعين أحدهما يوقف نفي الارث على حلف الوارث والارث ينتفي بغير ذلك الثاني ينتفي بحلف الوارث إنما هو المهر فلا شيء لها إن كان قبل الدخول وإلا فلها أقل الأمرين على ما عليه بفرع وقوله وإن قلنا القول قولها حلف أنه عقد بعد أن ورثت إثبات الارث يحلفها غلط فالذي يثبت بحلفها إنما هو كل المسمى إن كان بعد الدخول ونصفه إن كان قبله وحكى ابن الرفعة في المطلب هذا عن الكلام عن الروضة على ما هو عليه من غير تعقب والذي أوقع المصنف =

ولو قالت : عقدنا بفاسقين ، فقال : بل بعدلين . فأيهما يقبل ؟ وجهان . الأصح : قوله . فإن مات ، لم ترثه ، وإن مات أو طلقها قبل الدخول ، فلا مهر ، لإنكارها ، وبعد الدخول لها أقل الأمرين من المسمى ومهر المثل . والله أعلم .

فرع : استنابة المستورين قبل العقد ، احتياطٌ واستظهار ، وتوبة المعلن بالفسق حينئذٍ ، هل تلحقه بالمستور ؟ فيه تردد للشيخ أبي محمد . والأصح : المنع . فإن ألحقنا فعاد إلى فجوره على قرب ، قال الامام : فالظاهر أن تلك التوبة تكون ساقطة ، قال : وفيه احتمال .

فرع : الاحتياط ، الاشهاد على رضى المرأة حيث يشترط رضاها ، لكنه ليس بشرط في صحة النكاح[1] .

قلت : ومن مسائل الفصل ، أنه لا يشترط إحضار الشاهدين ، بل إذا حضرا

= في ذلك كلام العمراني في البيان فإنه كذلك قال فليطلب منه انتهى وأخذه صاحب الخادم ولم يعزه لشيخه .

(١) أي بل يستحب عن ابن عبد السلام أنه ليس للحاكم أن يدفع امرأة أن يزوجها حتى يثبت عنده إذنها فلو أخبره واحد فزوجها به معتمدا عليه لم يصح وإن ثبت من بعد أنها كانت أذنت له .
قال في القوت : وهذا قد يخرج على قول من يرى أن تصرفات الحاكم حكم أو يتضمن الحكم إذ لا بد للحكم من تقدم ، وما يقتضي الاقدام عليه والظاهر أنه قاله تفقهاً ، وفي فتاوى البغوي أن رجلاً لو جاء للحاكم وقال أذنت لك فلانة في تزويجها مني فإن وقع في نفسه صدقه جاز تزويجها منه وإلا فلا ولا يعتمد تحليفه ، وفي فتاوى القفال أنه لو شهد عنده رجلان أو رجل ان ابنة عمه أذنت له أن يزوجها من زيد ففعل ثم رجع الشاهدان وقالا كذبنا ينظر إن قالت أرسلتهما صح النكاح وإن قالت ما أذنت صدق بيمينها عند دعوى الزوج إذنها وأنه لو أرسلت إلى ابن عمها رجلاً يزوجها من فلان فلم يجيء ذلك الرجل وجاء رجل آخر كاذباً وأخبر ابن عمها بذلك جاز النكاح لأنها كانت أذنت فيه قال القفال : وعلى هذا الأصل لو أخبر بموت أبيه فباع ميراثه ثم بان كذب المخبر ولكن كان الأب قد مات قبل البيع صح البيع ، كذا هنا بخلاف ما لو باع عبد أبيه وعنده أنه حي ثم بان أنه كان ميتاً لم يجز والأصح الصحة . كذا ها هنا إذا زوجها من غير أن يسمع الاذن ثم بان أنها كانت أذنت لا يجوز .
قال ـ أعني صاحب القوت ـ : وقضية تشبيهه بالبيع أنا إذا صححنا البيع وهو الأصح أن يصح النكاح إذا بان أذنها قبل العقد وإن لم يكن بلغه ذلك وفيه بعد ، وقد يفرق بين الجاهل باعتبار إذنها فيصح وبين العالم باشتراطه فلا بناء على اعتبار عدالة الولي . انتهى وما ذكره الأذرعي كلام محرر ويؤيده أيضاً ما قاله الروياني في البحر قال أصحابنا : لو بعث صبياً يعقل إلى رجل أن زوج ابنتي فلانة جاز ولا يكون ذلك وكيل الصبي بل يكون المرسل ، وللشيخ البلقيني أبحاث في هذه المسألة فيها مخالفة لهذا المنقول ، والظاهر أنها من عند الشيخ .

بأنفسهما ، وسمعا الايجاب والقبول ، صح وإن لم يسمعا الصداق . ولو عقد بشهادة خنثيين ، ثم بانا رجلين ، قال القاضي أبو الفتوح : احتمل أن يكون في انعقاده وجهان بناءً على ما لو صلّى رجل خلفه فبان رجلاً . هذا كلامه . والانعقاد هنا هو الأصح ، لأن عدم جزم النية يؤثر في الصلاة[١] . والله أعلم .

الركن الرابع : العاقدان ، وهما الموجب ، والقابل . فالقابل : هو الزوج ومن ينوب عنه . والموجب : هو الولي أو وكيله ، ولا تصح عبارة المرأة في النكاح إيجاباً وقبولاً . فلا تزوج نفسها بإذن الولي ولا بغير إذنه ، ولا غيرها ، لا بولاية ولا وكالة ، ولا يقبل النكاح لا بولاية ولا وكالة . ولو وكل بنته بأن توكل رجلاً بتزويجها ، فوكلت ، نظر ، إن قال : وكلي عن نفسك ، لم يصح . وإن قال : وكلي عني ، أو أطلق ، فوجهان[٢] .

فرع : روى يونس بن عبد الأعلى ، أن الشافعي رضي الله عنه قال : إذا كان في الرفقة امرأة لا وليَّ لها ، فولَّت أمرها رجلاً حتى يزوجها ، جاز ، وليس هذا قولاً في صحة النكاح بلا ولي[٣] ، لأن أبا عاصم العبادي حكى هذا النص في طبقات

---

(١) قال الأذرعي : يجب كون التصوير في ظن الذكورة إذ الجهل بحالهما عند العقد أما عند العلم فلا ، ثم رأيت أبا الحسن السُّلَمي قال في كتاب الخناثى أنه لا ينعقد بحضورهما ، فلو حضر ولم يعلم حاله ، ثم قال بعد ذلك حضرت العقد وأنا رجل وقد زال الاشكال قبل حضوري قبل منه وحكم بصحة العقد . وقضية ما في البيان عن أبي الفتوح ترجيح المنع فإنه شبه ذلك بما لو صلى خلف خنثى ثم تبين أنه رجل .

(٢) اعترض الشيخ البلقيني على الشيخ المصنف فقال : إنما حكى الإمام في النهاية الوجهين فيما إذا قال وكلي عني أي ولم يحك فيما إذا أطلق لكن المذكور في النهاية في الفروع المنثورة حكاية الوجهين في الصورتين وتنبه في الخادم لذلك وساق كلام النهاية والشيخ رأى أحد الموضعين في النهاية .

(٣) قال البندنيجي ـ رحمه الله ـ في تعليقه : ليس للمرأة أن تلي عقد نكاح بحال سواء أذن لها وليها أم لم يأذن بكراً كانت أو ثيباً صغيرة أو كبيرة جليلة أو ذميمة . هذا مذهبنا وعليه إجماع الصحابة ، وروي عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وأبي هريرة رضي الله عنهم أجمعين ، وإليه ذهب من التابعين : الحسن البصري وسعيد بن المسيب ، ومن الفقهاء : ابن أبي ليلى وابن شبرمة وأحمد وإسحاق . قال : وذهب أبو حنيفة رحمه الله إلى أنها إن كانت غير متصرفة في مالها مثل أن تكون صغيرة أو كبيرة مجنونة لم يجز لها أن تلي عقد نكاحها وإن كانت كبيرة حرة رشيدة جاز لها أن تلي عقد نكاح . وقال أبو يوسف ومحمد : إذا زوجت نفسها نظر إن كانت قد جعلت نفسها في كفوء وجب على وليها أن ينفذ ذلك ويجوزه ، فإن امتنع نفذه السلطان وإن كانت قد جعلت نفسها في غير كفوء كان لوليها الخيار =

الفقهاء ، ثم ذكر أن من أصحابنا من أنكره ، ومنهم من قبله ، وقال : إنه تحكيم ، والمحكَّم قام مقام الحاكم .

قلت : ذكر صاحب « الحاوي » فيما إذا كانت امرأة في موضع ليس فيه ولي ولا حاكم ، ثلاثة أوجه . أحدها : لا تزوج . والثاني : تزوج نفسها للضرورة . والثالث : تولِّي أمرها رجلاً يزوجها . وحكى الشاشي أن صاحب « المهذب » كان يقول في هذا : تحكِّم فقيهاً مجتهداً ، وهذا الذي ذكره في التحكيم صحيح بناءً على الأظهر في جوازه في النكاح ، ولكن شرط الحكم أن يكون صالحاً للقضاء ، وهذا يعتبر في مثل هذه الحال . فالذي نختاره ، صحة النكاح إذا ولت أمرها عدلاً وإن لم

= في إنفاذه ومنعه وقال : ونقل عن مالك رحمه الله قال : إن كانت وحشة دميمة أو معتقة لا مناسب لها جاز لها أن تلي عقدها ، وإن كانت نبيلة جليلة لها مال وقدر لم يجز لها أن تلي بل لا بد من ولي ، وأنكر بعض أصحاب مالك هذا عن مالك .

ونقل البندنيجي عن داود أنه قال : إن كانت بكراً لم يزوجها إلا وليها وإن كانت ثيباً جاز لها أن تزوج نفسها .

ونقل عن أبي ثور أنه قال : إن أذن لها وليها فعقدت جاز عن إذنه وإن عقدت بغير إذنه لم يجز .

قال : واستند كلٌ على مذهبه فمن نصر قول أبي حنيفة رحمه الله استدل بقوله تعالى ﴿ **فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجاً غيره** ﴾ فأضاف النكاح إليها نفسها .

وروي عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال : « الأيم أحق بنفسها من وليها » .

وروي عنه أيضاً أن النبي ﷺ قال : « ليس للولي مع الثياب أمر » فهذا دلالة لما قاله .

وقد استدل الشافعي رحمه الله عن ذلك بقوله تعالى : ﴿ **وإذا طلقتم النساء** ﴾ الآية فإنها نزلت في معقل بن يسار . قال معقل : نزلت هذه الآية فيّ وذلك أنه كان لي أخت فخطبها قوم فلم أزوجها منهم وزوجتها من ابن عمها فطلقها طلقة وتركها حتى انقضت عدتها ثم عاد فخطبها ورضيت به فقلت له : آثرتك على غيرك فطلقتها ثم جئتني تخطبها والله لا أزوجنكها أبداً فنزلت قوله تعالى ﴿ **فلا تعضلوهن** ﴾ (أخرجه البخاري في التفسير ٧/٤٠) باب إذا طلقتم النساء (٤٥٢٩) دل ذلك على أن له الولاية عليها .

ولما روت عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال : « لا نكاح إلا بولي » وقوله ﷺ « أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل ثلاثاً ، فإن مسها فلها المهر بما استحل من فرجها ، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له » (أخرجه الشافعي في مسنده ٢/١١) (١٩) (وأحمد ٦/٦٦) .

(وأبو داود في النكاح ٢/٢٣٦) حديث (٢٠٨٣) (والترمذي ٣/٤٠٧) (١١٠٢) (وابن ماجة ١/٦٠٥) حديث (١٨٧٩) وغيرهم .

والجواب عما تمسك به الأحناف مبسوط في كتب الفقه والخلاف .

يكن مجتهداً ، وهو ظاهر الذي نقله يونس ، وهو ثقة . والله أعلم .

فرع : إذا وطىء في نكاح بلا ولي ، وجب مهر المثل ، ولا حدَّ سواء صدر ممن يعتقد تحريمه أو إباحته باجتهاد أو تقليد أو حسبان مجرد ، لشبهة اختلاف العلماء ، ولكن معتقد التحريم يعزَّر . وقال الاصطخري وأبو بكر الفارسي والصيرفي : يحدُّ معتقد التحريم ، ولا مهر ، وهو ضعيف . ولو رفع النكاح بلا ولي إلى قاضٍ يصححه ، فحكم بصحته ، ثم رفع إلينا ، لم ننقض قضاءه على الصحيح . وقال الاصطخري : ننقضه ، ولو طلق فيه ، لم يقع ، فلو طلق ثلاثاً ، لم يفتقر إلى محلل . وقال أبو اسحاق : يقع ويفتقر إلى محلِّل احتياطاً للابضاع ، وهذا كوجهين ذكرهما أبو الحسن العبادي عن القفال ، أنها إذا زوجت نفسها ، هل للولي أن يزوجها قبل تفريق القاضي بينهما ؟ قال : وبالمنع أجاب القفال الشاشي ، لأنه في حكم الفراش ، وهو تخريج ابن سريج .

فرع : إذا أقرت حرة مكلَّفة بالنكاح ، فقولان . الجديد الأظهر : يقبل إقرارها مع تصديق الزوج بلا بيّنة ، لأن النكاح حقهما ، فثبت بتصادقهما ، كالبيع وغيره ، ولا فرق على هذا بين البكر والثيب ، ولا بين الغريبين والبلديين . والقديم : أنهما إن كانا غريبين ، ثبت النكاح ، وإلاّ ، طولبا بالبينة ، لسهولتها عليهما ، وللاحتياط ، فعلى الجديد : هو يكفي إطلاق الاقرار ، أم يشترط أن يفصّل فيقول : زوَّجني به وليي بحضرة شاهدين عدلين ورضاي ؟ إن كانت معتبرة الرضى ، وجهان . أصحهما : الثاني . ثم إذا أقرت وكذبها الولي ، فثلاثة أوجه . أصحها : يحكم بقولها ، لأنها تقرُّ على نفسها ، قاله ابن الحداد والشيخ أبو علي . والثاني : لا ، لأنها كالمقرة على الولي ، قاله القفال ، والثالث : يفرق بين العفيفة والفاسقة ، قاله القاضي حسين .

ولا فرق في هذا الخلاف بين أن تفصِّل الاقرار وتضيف التزويج إلى الولي فيكذِّبها ، وبين أن تطلق إذا قبلنا الاقرار المطلق فقال الولي : لا ولي لك غيري ، وما زوَّجتك . ويجري الخلاف أيضاً في تكذيب الشاهدين إذا كانت قد عينتهما . والأصح : أنه لا يقدح تكذيبهما ، لاحتمال النسيان والكذب . فإن قلنا : تكذيب الولي يمنع قبول إقرارها ، فكان غائباً ، لم ينتظر حضوره ، بل تسلَّم إلى الزوج في

الحال للضرورة ، فإن عاد وكذبها ، فهل يحال بينهما لزوال الضرورة ، أم يستدام ؟ وجهان ، رجح الغزالي الأول ، وغيرُه الثاني .

وإذا قلنا بالقديم ، فجرى الاقرار في الغربة ، ثم رجعا إلى الوطن ، ففي الحوالة بينهما الوجهان . قال الامام : ولا شك أنه لو قضى قاضٍ بالاقرار ، لم ينقض .

فرع : أقر الولي بإنكاحها ، إن كان له إنشاء النكاح المقر به عند الاقرار بغير رضاها ، قبل إقراره ، لقدرته على الانشاء . وحكى الحناطي وجهاً أنه لا يقبل حتى توافقه البالغة . والصحيح الأول . وإن لم يكن له الانشاء بغير رضاها ، لكونه غير مجبر ، أو الحال غير حال الاجبار ، أو الزوج ليس بكُفءٍ ، لم يقبل إقراره . ولو قال وهي ثيب : كنت زوجتها في بكارتها ، لم يقبل واعتبر وقت الاقرار ، كذا أطلقه الامام ، وهو الظاهر . ويمكن جعله على الخلاف فيما لو أقر مريض لوارثه بهبة في الصحة .

فرع : أقرت لزوج ، وأقر وليها المقبول إقراره لآخر ، فهل المقبول إقراره ، أم إقرارها ؟ فيه وجهان حكاهما أبو الحسن العبادي والحليمي عن القفال الشاشي والأودني .

فرع : قال الخاطب لولي المرأة : زوَّجت نفسي بنتك ، فقبل ، قال المتولي : يبنى انعقاد النكاح على أن كل واحد من الزوجين معقود عليه لأن بقاءهما شرط لبقاء العقد كالعوضين في البيع ، أم المعقود عليه المرأة فقط لأن العوض من جهته المهر لا نفسه ، ولأنه لا حجر عليه في نكاح غيرها معها ؟ فيه خلاف . فعلى الثاني : لا ينعقد . وعلى الأول : وجهان . قال أبو عاصم وأبو سهل الأبيوردي : ينعقد كما لو أضاف إليها ، ومنعه القاضي حسين ، لأنه غير معهود .

الباب الرابع في بيان الأولياء وأحكامهم

وفيه ثمانية أطراف .

الأول[١] : في أسباب الولاية ، وهي أربعة[٢] .

الأول[٣] : الأُبوة ، وفي معناها الجدودة ، وهي أقوى الأسباب ، لكمال الشفقة ، فللأب تزويج البكر الصغيرة والكبيرة بغير إذنها ، ويستحب استئذان البالغة[٤] . ولو أجبرها ، صح النكاح . فلو كان بين الأب وبينها عداوة ظاهرة ، قال ابن كج : ليس له إجبارها ، وكذا نقله الحناطي عن ابن المرزبان ، قال : ويحتمل جوازه . فأما الثيب ، فلا يزوجها الأب إلاّ بإذنها في حال البلوغ ، والجد كالأب في كل هذا ، وحكى الحناطي قولاً : إن الجد لا يجبر البكر البالغة ، واختاره ابن القاص وأبو الطيب بن سلمة ، والمشهور الأول .

وسواء حصلت الثيوبة بوطء محترم أو زناً . وحكي عن القديم : أن المصابة بالزنا كالبكر . والمذهب الأول ، ولو زالت بكارتها بسقطة ، أو أصبع ، أو حدَّة الطمث ، أو طول التعنيس ، أو وطئت في دبرها ، فبكر على الصحيح .

ولو وطئت مجنونةً ، أو مكرهة ، أو نائمة ، فثيِّب على الصحيح ولو خطب البكر رجلٌ ، فمنعها أبوها ، فذهبت وزوجت نفسها به ، ثم زوجها الأب غيره بغير إذنها ، إن كان الأول لم يطأها ، صح تزويج الأب ، وإلا ، فلا، لأنها ثيب بوطء شبهة .

قلت : إنما يصح تزويج الأب ، إذا لم يكن حكم بصحة نكاحها بنفسها حنفي ونحوه . والله أعلم .

فرع : إذا التمست البكر البالغة التزويج وقد خطبها كفءٌ ، لزم الأب والجد إجابتها ، فإن امتنع ، زوّجها السلطان . وفي وجه : لا تلزمه الاجابة ، ولا يأثم

---

(١) في « ط » الطرف الأول .

(٢) قال الشيخ البلقيني : وهنا سبب آخر على المذهب وهو ولي مالك الأمة أو عتقيتها . انتهى ما أردته منه . قاله البكري .

(٣) في « ط » السبب الأول .

(٤) لقوله ﷺ « لا تنكح الثيب حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن وإذنها الصموت » .
(أخرجه البخاري ٢/٣٣٩) في الحيل في باب النكاح حديث (٦٩٦٨) . (ومسلم ٢/١٠٣٦) في النكاح / باب استئذان الثيب في النكاح (٦٤/١٤١٩) .

بالامتناع ، لأن الغرض يحصل بتزويج السلطان ، وهو ضعيف . ولو التمست صغيرةٌ بلغت إمكان الشهوة ، قال بعضهم : لزمه إجابتها .

قلت : هذا ضعيف . والله أعلم .

فرع : عينت كفأً ، وأراد الأب تزويجها بكفءٍ آخر ، كان له ذلك على الأصح .

قلت : قال الشافعي رضي الله عنه : استحب للأب أن لا يزوِّج البكر حتى تبلغ ويستأذنها قال الصيمري : فإن قاربت البلوغ ، وأراد تزويجها ، استحب أن يرسل إليها ثقات ينظرن ما في نفسها .

قال الصيمري : ولو خلقت المرأة بلا بكارة ، فهي بكر . ولو ادعت البكارة أو الثيوبة ، فقطع الصيمري وصاحب « الحاوي » : بأن القول قولها ، ولا يكشف حالها ، لأنها أعلم .

قال صاحب « الحاوي » : ولا تسأل عن الوطء ، ولا يشترط أن يكون لها زوج . قال الشاشي : وفي هذا نظر ، لأنها ربما أذهبت بكارتها بأصبعها ، فله أن يسألها . فإن اتهمها ، حلّفها . والله أعلم .

السبب الثاني : عصوبة من على حاشية النسب ، كالأخ والعم وبنيهما ، فلا تزوج بها الصغيرة بكراً كانت أو ثيباً .

وأما البالغة ، فإن كانت ثيباً ، فلهم تزويجها بإذنها الصريح . وإن زوجت بغير رضاها ، لم ينعقد . وإن كانت بكراً ، فلهم تزويجها إذا استأذنوها . وهل يكفي سكوتها ، أم يشترط صريح نطقها ؟ وجهان . أصحهما : الأول . وحكي وجه : أنه لا حاجة للاستئذان أصلاً ، بل إذا عقد بين يديها ولم تنكر ، كان رضىً . والصحيح الاشتراط . وإذا اكتفينا بالسكوت ، حصل الرضى ، ضحكت ، أم بكت ، إلا إذا بكت مع الصياح وضرب الخد ، فلا يكون رضى .

وإذا أراد تزويج البكر بغير كفءٍ ، فاستأذنها ، فهل يكفي السكوت ؟ فيه الوجهان .

قلت : ونقل الرافعي في آخر « كتاب النكاح » عن فتاوى القاضي حسين الجزم بصحة النكاح إذا استأذنها ولي في تزويجها بغير كفء فسكتت . قال صاحب « البيان » : قال أصحابنا المتأخرون : إذا استأذن الوليُّ البكر في أن يزوجها بغير نقد البلد ، أو بأقل من مهر المثل ، لم يكن سكوتها إذناً في ذلك . والله أعلم .

فرع : قال أزوجكِ بشخص ؟ فسكتت ، قال بعض المتأخرين : الأليق بمذهبنا أنه لا يكون رضى ، لأن الرضى بالمجهول لا يتصور .

ولك أن تقول : هذا يخرَّج على أنه يشترط تعيين الزوج في الاذن . والأصح أنه ليس بشرط ، فلا يضر الجهل إذا اكتفينا بالسكوت .

قلت : هذا الذي أورده الرافعي ، هو الصواب . والله أعلم .

فرع : قال : أيجوز أن أزوجكِ ؟ فقالت : لم لا يجوز ؟ أو قال : أتأذنين ؟ فقالت : لم لا آذن ؟ حكى بعضهم : أنه ليس بإذن ، ولك أن تقول : هذا مشعر برضاها ، فهو أولى من سكوتها .

قلت : المختار أنه إذن . والله أعلم .

فرع : قالت : وكلتك بتزويجي ، فالذي لقيناهم من الأئمة لا يعدُّونه إذناً ، لأن توكيل المرأة في النكاح باطل ، لكن المسألة غير مسطورة ، ويجوز أن يعتدّ به إذناً ، كما إذا فسدت الوكالة ، نفذ التصرف بالإذن .

قلت : هذا عجب من الامام الرافعي ، والمسألة منصوصة للشافعي . قال صاحب « البيان » : يجوز للمرأة أن تأذن لوليها غير المجبر بلفظ [الاذن][1] ، ويجوز بلفظ الوكالة ، نص عليه الشافعي رحمه الله ، فهذا هو الصواب نقلاً ودليلاً . ولو أذنت له ، ثم رجعت ، لم يصح تزويجها ، كالموكل إذا عزل الوكيل ، فإن زوجها الولي بعد العزل قبل العلم ، ففي صحته وجهان بناءً على بيع الوكيل . والله أعلم .

فرع : في « فتاوى » البغوي : أن التي يعتبر إذنها في تزويجها إذا قالت

---

(١) سقط في الأصل والمثبت من « ط » .

لوليها وهي في نكاح أو عدة : أذنتُ لك في تزويجي إذا فارقني زوجي أو انقضت عدتي ، فينبغي أن يصح الاذن ، كما لو قال الولي للوكيل : زوّج بنتي إذا فارقها زوجها أو انقضت عدتها . وفي هذا التوكيل وجه ضعيف : أنه لا يصح ، وقد سبق في الوكالة وفيها أنه لو قيل للبكر : رضيتِ بما تفعله أمك ؟ وهي تعرف أنهم يعنون النكاح ، فقالت : رضيتُ ، لم يكن إذناً ، لأن الأم لا تعقد ، بخلاف ما لو قالت : رضيت بما يفعل الولي . ولو قالت : رضيت بالتزويج بمن تختاره أمي ، جاز .

ولو قالت : رضيتُ إن رضيت أمي ، لا يجوز . ولو قالت : رضيت إن رضي وليي . فإن أرادت التعليق ، لم يجز . وإن أرادت : إني رضيت بما يفعله الولي ، كان إذناً . وفيها : لو أذنت في التزويج بألف ، ثم قيل لها عند العقد: بخمسمائة، فسكتت وهي بكر ، كان سكوتها إذناً في تزويجها بخمسمائة . ولو قيل ذلك لأمها وهي حاضرة ، فسكتت ، لم يكن إذناً .

السبب الثالث : الاعتاق ، فالمعتق وعصبته يزوجون كالأخ .

السبب الرابع : السلطنة ، فيزوج السلطان بالولاية العامة البوالغ بإذنهن ، ولا يزوج الصغار .

ثم السلطان يزوج في مواضع .

أحدها : عدم الولي الخاص .

الثاني : عند غيبته[١] .

الثالث : عند إرادته تزوجها لنفسه .

الرابع : عَضْلُه ، فإذا عضلها وليها بقرابة أو إعتاق ، واحداً كان ، أو جماعة مستوين ، زوجها السلطان . وهل تزويجه في هذا الحال بالولاية ، أم النيابة عن الولي ؟ وجهان حكاهما الامام فيه وفي جميع صور تزويج السلطان مع وجود أهلية الولي الخاص . ثم إنما يحصل العضل إذا دعت البالغة العاقلة إلى تزويجها بكفءٍ فامتنع .

فأما إذا دعت إلى غير كفءٍ ، فله الامتناع ، ولا يكون عضلاً . وإذا حصلت

(١) سفراً طويلاً زوج الحاكم بخلاف الفسق فإن الولاية تنتقل إلى من هو دونه كما سيأتي .

الكفاءة ، فليس له الامتناع لنقصان المهر ، لأنه محض حقها . ولا بد من ثبوت العضل عند الحاكم ليزوِّجها . قال البغوي : ولا يتحقق العضل حتى يمتنع بين يدي القاضي ، وذلك بأن يحضر الخاطب والمرأة والولي ، ويأمره القاضي بالتزويج فيقول : لا أفعل ، أو يسكت ، فحينئذٍ يزوجها القاضي . وكان هذا فيما إذا تيسر إحضاره عند القاضي . فأما إذا تعذر بتعزُّز أو توارٍ[1] ، فيجب أن يجوز الاثبات بالبينة كسائر الحقوق . وفي تعليق الشيخ أبي حامد ما يدل عليه ، وعند الحضور لا معنى للبيِّنة ، فإنه إن زوج ، وإلا فعضل .

فرع : سيأتي خلاف في أن السيد يزوج أمته بالملك ، أم بالولاية ؟ إن قلنا : بالولاية ، صارت الأسباب خمسة .

الطرف الثاني : في ترتيب الأولياء ، فتقدم جهة القرابة ، ثم الولاء ، ثم السلطنة . ويقدم من القرابة الأب ، ثم أبوه ، ثم أبوه ، إلى حيث ينتهي ، ثم الأخ من الأبوين ، أو من الأب ، ثم ابنه وإن سفل ، ثم العم من الأبوين ، أو من الأب ، ثم ابنه وإن سفل ، ثم سائر العصبات . والترتيب في التزويج ، كالترتيب في الارث ، إلا في مسائل .

إحداها : الجد يقدم على الأخ هنا .

الثانية[2] : الأخ للأبوين يقدم على الأخ للأب في الارث ، وهنا قولان . أظهرهما وهو الجديد : يقدم أيضاً . والقديم : يستويان ، ويجري القولان في ابني الأخ والعمين وابني العم إذا كان أحدهما من الأبوين والآخر من الأب . ولو كان ابنا عم أحدهما أخوها من الأُم ، أو ابنا ابن عم أحدهما ابنها ، فقال الامام : هما سواء . وطرد الجمهور القولين وقالوا : الجديد : يقدم الأخ والابن .

ولو كان ابنا عم أحدهما من الأبوين ، والآخر من الأب ، لكنه أخوها من الأُم ، فالثاني هو الولي ، لأنه يدلي بالجد والأُم ، والأول بالجد والجدة .

---

(١) والفرق بينهما أن التواري الامتناع مع الاختفاء والتعزز الامتناع مع الظهور والقوة . (البيجرمي على الاقناع ٣/٣٤٤) .

(٢) في « ط » المسألة الثانية .

ولو كان ابنا ابن عم أحدهما ابنها ، والآخر أخوها من الام ، فالابن هو المقدم ، لأنه أقرب . ولو كان ابنا معتق أحدهما ابنها ، فهو المقدم ، وبه قال ابن الحداد ، لكنه ذكر في التفريع أنه لو أراد المعتق نكاح عتيقته وله ابن منها وابن من غيرها لأنها تستحق الحرية بسببه ، زوجه ابنه منها دون ابنه من غيرها ، وهذا غلط عند جمهور الأصحاب ، لأن ابن المعتق لا يزوِّج في حياة المعتق ، وإنما يزوِّجه السلطان ، وإنما يزوج ابن المعتق بعد موته . وهذا كله على الجديد . وأما على القديم ، فيسوّى بينهما في الصور .

قلت : ولو كان ابنا عم أحدهما معتق ، فعلى القولين ، أو ابنا عم أحدهما خال ، فهما سواء بلا خلاف . والله أعلم .

الثالثة[1] : الابن لا يزوِّج بالبنوة ، فإن شاركها في نسب كابن هو ابن ابن عمها ، فله الولاية بذلك . وكذا إن كان معتقاً أو قاضياً ، أو تولدت قرابة من أنكحة المجوس ، أو وطء الشبهة ، بأن كان ابنها أخاها ، أو ابن أخيها ، أو ابن عمها ، ولا تمنعه البنوة التزويج بالجهة الأخرى .

فصل : وأما الولاء ، فمن لا عصبة لها بنسب ، وعليها ولاء ، فينظر ، إن أعتقها رجل ، فولاية تزويجها له . فإن لم يكن بصفة الولاية ، فلعصباته ، ثم لمعتقه ، ثم لعصبات معتقه ، وهكذا على ترتيبهم في الارث . وترتيب عصبات المعتق في التزويج ، كترتيب عصبات النسب ، إلا في ثلاث مسائل .

إحداها : جدُّها أولى من أخيها ، وفي جد المعتق وأخيه قولان كإرثهما بالولاء . أظهرهما : تقديم الأخ . والثاني : يستويان . ولو اجتمع جد المعتق وابن أخيه ، فإن قدمنا الأخ على الجد ، قدمنا ابنه ، وإلا فيقدم الجد . وقد حكينا في الإرث تفريعاً على هذا القول وجهاً أنهما يستويان ، فيجوز أن يطرد هنا .

الثانية[2] : ابن المرأة لا يزوجها ، وابن المعتق يزوج ، ويقدم على أبيه ، لأن التعصيب له .

---

(١) في « ط » المسألة الثالثة .

(٢) في « ط » المسألة الثانية .

الثالثة[١] : إذا اجتمع أخو المعتق لأبويه وأخوه لأبيه ، فالمذهب القطع بتقديم الأخ للأبوين . وقيل بطرد القولين كالنسب . وقيل : يستويان قطعاً . أما إذا كان المعتق امرأة ، فلا ولاية لها ، لعدم أهليتها ، فإن كانت حية ، فوجهان . أحدهما قاله صاحب « التلخيص » : يزوجها السلطان . والصحيح أنه يزوجها من يزوج معتقها ، فيزوجها أبو المعتقة ثم جدها على ترتيب الأولياء ، ولا يزوجها ابن المعتقة ، ويشترط في تزويجها رضاها ، ولا يشترط رضى المعتقة على الأصح ، إذ لا ولاية لها . وقيل : يشترط ، فإن عضلت ، ناب السلطان عنها في الاذن ، ويزوج الولي .

فإن كانت المعتقة ميتة ، زوجها من له الولاء من عصبات المعتقة ، ويقدم الابن على الأب . وتعود الصور المذكورة في مفارقتهم عصبات النسب فيما إذا كان المعتق رجلاً . وحكي وجه : أن الأب يقدم على الابن بعد موت المعتقة ، ووجه : أن الابن يقدم على الأب في حياتها ، وهما شاذان .

فرع : متى اجتمع عدد من عصبات المعتق في درجة ، كالبنين والأخوة ، فهم كالأخوة في النسب . فإذا زوجها أحدهم برضاها ، صح ، ولا يشترط رضى الآخرين . ولو أعتق الأمة اثنان ، اشترط رضاهما ، فيوكلان ، أو يوكل أحدهما الآخر ، أو يباشران العقد معاً .

ولو أراد أحد المعتقين أن يتزوجها ، اشترط موافقة السلطان للآخر .

ولو مات أحدهما عن ابنين أو أخوين ، كفى موافقة أحدهما للمعتق الآخر . ولو مات كل منهما عن ابنين ، كفى موافقة أحد ابني هذا أحد ابني ذاك . ولو مات أحدهما ووارثه الآخر ، استقل بتزويجها .

فرع : كان المعتق خنثى مشكلاً ، ينبغي أن يزوجها أبوه بإذنه ، فيكون ولياً أو وكيلاً إن كان الخنثى ذكراً .

فصل : فيمن بعضها حر ، خمسة أوجه . أصحها : يزوجها مالك البعض ومعه وليها القريب . فإن لم يكن ، فمعتق بعضها ، وإلا ، فالسلطان . والثاني :

---

(١) في « ط » المسألة الثالثة .

يكون معه معتق البعض . والثالث : معه السلطان والرابع : يستقل مالك البعض . والخامس : لا يجوز تزويجها أصلاً ، لضعف الملك والولاية بالتبعيض .

[**الطرف الثالث** : في موانع الولاية] وهي خمسة .

الأول[١] : الرق ، فلا ولاية لرقيق ، ويجوز أن يتوكل لغيره في قبول النكاح بإذن سيده قطعاً ، وبغير إذنه على الأصح ، ولا يصح توكيله في الايجاب على الأصح عند الجمهور . وقد سبق هذا في الوكالة .

الثاني[٢] : ما يسلب النظر والبحث عن حال الزوج .

وفيه صور ست .

إحداها : الصّبا والجنون المطبق يمنعان الولاية وينقلانها إلى الأبعد[٣] .

وفي الجنون المنقطع وجهان . أصحهما : أنه كالمطبق[٤] ، ويزوجها الأبعد يوم جنونه ، لبطلان أهليته . والثاني : لا يزيل ولايته كالاغماء ، فعلى هذا ينتظر حتى يفيق على الصحيح . وقيل : يزوجها الحاكم كالغيبة ، والخلاف جارٍ في الثيب المنقطع جنونها . فعلى رأي : تزوج في حال جنونها . وعلى رأي : ينتظر إفاقتها لتأذن . ولو وكل هذا الولي في إفاقته ، اشترط عقد وكيله قبل عود الجنون ، وكذا إذا أذنت الثيب ، يشترط تقدم العقد على عود الجنون . قال الامام : وإذا قصرت نوبة الافاقة جداً ، لم تكن الحال حال تقطع ، لأن السكون اليسير لا بدّ منه مع إطباق الجنون .

ولو أفاق ، وبقيت آثار خبل يحمل مثلها ممن لا يعتريه الجنون على حدّة في الخُلق ، فهل تعود ولايته ، أم يستدام حكم الجنون إلى أن يصفو من الخبل ؟ فيه وجهان .

قلت : لعل الثاني أصح . والله أعلم .

---

(١) في « ط » المانع الأول .

(٢) من « ط » المانع الثاني .

(٣) إطلاقة يتناول النسب والولاء وهو الحق كما تقدم في تقريره ولا يغتر بمن ذكر خلاف ذلك .

(٤) الترجيح من عند الشيخ من غير تمييز والرافعي لم يصرح بترجيح بل في الشرح الصغير أنه لا يسلب الولاية . وقال في التهذيب : إنه الظاهر ، قال بعضهم : وهو ظاهر نص الأم .

الصورة الثانية : اختلال النظر لهرم أو خبل جبلي أو عارض ، يمنع الولاية وينقلها إلى الأبعد ، والحجر بالفلس لا يمنعها ، وبالسفه يمنعها على المذهب . وقيل : وجهان .

قلت : وحكى الشاشي في المفلس وجهاً . والله أعلم .

الثالثة(١) : الاغماء الذي لا يدوم غالباً ، فهو كالنوم ، ينتظر إفاقته ، ولا يزوج غيره . وإن كان مما يدوم يوماً أو يومين فأكثر ، فوجهان . أحدهما : نقل الولاية إلى الأبعد كالجنون . وأصحهما : المنع . فعلى هذا ، قال البغوي وغيره : تنتظر إفاقته كالنائم . وقال الامام : ينبغي أن تعتبر مدته بالسفر . فإن كانت مدة يعتبر فيها إذن الولي الغائب ، وقطع المسافة ذهاباً ورجوعاً ، انتظرت إفاقته ، وإلّا ، فيزوج الحاكم ، ويرجع في معرفة مدته إلى أهل الخبرة .

الرابعة(٢) : السكران الذي سقط تمييزه بالكلية كلامه لغو . فإن بقي له تمييز ونظر ، فالمذهب أنه لا يزوج ، وتنتظر إفاقته(٣) .

[الصورة] الخامسة : الأسقام والآلام الشاغلة عن النظر ومعرفة المصلحة ، تمنع الولاية وتنقلها إلى الأبعد ، نص عليه ، وأخذ به الأصحاب .

السادسة(٤) : للأعمى أن يتزوج قطعاً ، وله أن يزوج على الأصح . ويجري الخلاف في ولاية الأخرس الذي له كتابة أو إشارة مفهمة . وقيل : يزوِّج قطعاً . فإن

---

(١) في « ط » الصورة الثالثة .

(٢) في « ط » الصورة الرابعة .

(٣) عبارة الرافعي أوضح في المراد ولفظه « السُكر إن حصل بسبب يفسق به وقع الكلام في أن الفاسق هل يلي » ؟ إن قلنا : لا يلي فذاك وإن قلنا يلي أو حصل بسبب لا يفسق به بأن كان مكرهاً أو غالطاً فإن لم ينفذ تصرف السكران فالسكر كالإغماء ، وإن جعلنا تصرفه كتصرف الصاحي فمنهم من صحح تزويجه ، ومنهم من منع لاختلال نظره وبه قال الشيخ أبو محمد .
والظاهر من كل ذلك كله أنه لا يزوج وأنه ينتظر إفاقته ، وبه أجاب في التهذيب . ثم الخلاف إذا بقي له تمييز ونظر فأما الطافح الذي سقط تمييزه بالكلية فكلامه لغو . انتهى .
فقول الشيخ المصنف السكران إلى آخره أي الذي لم يتعد بسكره أو المتعدي إذا قلنا الفسق ليس سالباً ، وكان ينبغي للشيخ تبيينه كما هو مبين في الشرح .

(٤) في « ط » الصورة السادسة .

لم تكن مفهمة ، فلا ولاية له .

المانع الثالث : الفسق فيه سبع طرق . أشهرها : في ولاية الفاسق قولان . وقيل بالمنعِ قطعاً . وقيل : يلي قطعاً . وقيل : يلي المجبر فقط . وقيل : عكسه ، لأنه لا يستَقِلّ . وقيل : يلي غير الفاسق بشرب الخمر . وقيل : يلي المستتر بفسقه دون المعلن . وأما الراجح ، فالظاهر من مذهب الشافعي رضي الله عنه : منع ولاية الفاسق ، وأفتى أكثر المتأخرين بأنه يلي ، لا سيما الخراسانيون ، واختاره الروياني .

قلت : الذي رجحه الرافعي في « المحرر » : منع ولايته . واستفتي الغزالي فيه فقال : إن كان بحيث لو سلبناه الولاية لانتقلت إلى حاكم يرتكب ما يفسقه ، وُلي ، وإلا ، فلا . وهذا الذي قاله حسن ، وينبغي أن يكون العمل به . والله أعلم .

فرع : قال القاضي حسين والشيخ أبو علي وغيرهما : ولاية الفاسق لمال ولده على الخلاف في ولاية النكاح بلا فرق . وقطع غيرهم بالمنع ، وهو المذهب .

فرع : [قد][1] سبق أن الامام الأعظم لا ينعزل بالفسق على الصحيح ، وحينئذٍ في تزويجه بناته وبنات غيره بالولاية العامة وجهان ، تفريعاً على أن الفاسق لا يلي . أحدهما : المنع كغيره ، ويزوجهن مَن دونه من الولاة والحكام . وأصحهما : أنه يزوج ، تفخيماً لشأنه ، ولهذا لم يحكم بانعزاله[2] .

فرع : إذا تاب الفاسق ، قال البغوي في هذا الباب : له التزويج في الحال ، ولا يشترط مضي مدة الاستبراء . والقياس الظاهر وهو المذكور في الشهادات : اعتبار الاستبراء ، لعود الولاية حيث يعتبر لقبول الشهادة ، وسنفصّله إن

---

(١) سقط في « ط » .

(٢) قاله الأذرعي : قولهم ـ يعني الرافعي والنووي والبغوي ـ بالولاية العامة إذا لم يكن لها ولي إلا السلطان وقد بينه المتولي بقوله إن قلنا لا ولا للفاسق قال أصحابنا : لا يزوج ابنته أي بالولاية الخاصة ولكن يزوج الأيامى من المسلمين لأن تزويج البنت بالقرابة والفسق ينفي ولاية القرابة وولاية الأيامى بالسلطنة والفسق لا ينفي ولاية السلطنة وهو مطابق لكلام البغوي والرافعي ، فإن ما نفاه المتولي وهو تزويجه لابنته بالولاية الخاصة كما فهمه ابن الرفعة في الكفاية عنه .

شاء الله تعالى[١] .

فرع : للفاسق أن يتزوج لنفسه على المذهب ، وبه قطع الجمهور . وفي تعليق الشيخ ملكداذ القزويني ، عن القاضي أبي سعد وجه : أنه ليس له التزويج إذا قلنا : لا يلي .

فرع : إذا قلنا : الفاسق لا يلي ، فالولاية للأبعد على الصحيح ، وبه قطع الجمهور . وحكى الحناطي وجهاً : أنها للسلطان . ثم الفسق إنما يتحقق بارتكاب كبيرة ، أو إصرار على صغيرة ، وليس العضل من الكبائر ، وإنما يفسَّق به إذا عضل مرات أقلها ـ فيما حكى بعضهم ـ ثلاث ، وحينئذٍ فالولاية للأبعد .

فرع : إذا قلنا : الفاسق لا يلي ، ففي أصحاب الحِرَف الدنيَّة وجهان .

قلت : المذهب القطع بثبوت ولايتهم ، قاله البغوي وغيره . والله أعلم .

المانع الرابع : اختلاف الدّين ، فلا يزوِّج المسلمةَ قريبُها الكافر ، بل يزوِّجها الأبعد من أولياء النسب أو الولاء ، وإلا ، فالسلطان[٢] .

ولا يـزوج الكافرة قريبها المسلم ، بل يزوّجها الأبعد الكافر . فإن لم يكن ،

---

(١) ما حكاه الشيخ عن البغوي جزم به الخوارزمي في الكافي والقاضي الحسين ، ذكر ذلك بالنسبة للفاسق بالعضل لا بالنسبة لكل فاسق .

قال في الخادم : وإشكال الرافعي قد ذكره صاحب الاستقصاء احتمالاً له ونقله ابن البرزي وجهاً في فتاويه ثم قال بعد ذلك لو جرينا على ما حكاه الرافعي من التعميم بالنسبة لكل فـاسق ففي الجواز طريقان :

أحدهما : أن المشروط في ولاية النكاح عدم الفسق لا قبول الشهادة ولهذا يزوج الولي المجبر وإن كان عدواً على الأصح ، ومدة الاستبراء إنما تعتبر لقبول الشهادة .

والثاني : أن العدالة والفسق بينهما واسطة ، فإن العدالة ملكة تحمل على ملازمـة التقوى ، ويشترط فيها اجتناب الكبائر والفاسق إذا تاب زال عنه اسم الفسق بالتوبة ولا يكون عدلاً حتى يحصل له تلك الملكة والاستبراء يحصلها والولي في النكاح لا يشترط فيه العدالة وإنما يشترط عدم الفسق وهذه قاعدة عظيمة ينتفع بها في مواضع وكذا الكافر إذا أسلم لا يحكم بعدالته حتى تختبر وليس بفاسق ما لم يصدر منه كبيرة .

(٢) إطلاقه الأبعد في الولاء يتناول ما لو كان المعتق حياً وهو بغير صفة الولاية وهذا هو المذهب المعتمد كما تقدم ولا يغتر بمن قال خلاف ذلك .

زوَّجها قاضي المسلمين بالولاية العامة ، فإن لم يكن هناك قاضٍ للمسلمين ، فحكى الامام عن إشارة صاحب « التقريب » : أنه يجوز للمسلم قبول نكاحها من قاضيهم . والمذهب المنع .

وهل يزوِّج اليهوديُّ النصرانية ؟ يمكن أن يلحق بالإرث ، ويمكن أن يمنع . ثم الكافر إنما يلي تزويج قريبته الكافرة إذا كان لا يرتكب محرّماً في دينه ، فإن ارتكبه ، فتزويجه إياها كتزويج المسلم الفاسق بنته . وعن الحليمي أن الكافر لا يلي التزويج ، وأن المسلم إذا أراد تزوج ذمية ، زوجه بها القاضي . والصحيح أنه يلي .

فرع : في « فتاوى » البغوي : أنه يجوز أن يوكل نصرانياً أو مجوسياً في قبول نكاح نصرانية ، ولا يجوز في قبول نكاح مسلمة ، ويجوز توكيل النصراني مسلماً في قبول نكاح نصرانية ، ولا يجوز في قبول نكاح مجوسية ، لأن المسلم لا يجوز له نكاحها بحال ، بخلاف توكيل المعسر موسراً في تزوج أمة ، فإنه جائز ، لأنه يستبيحها في الجملة .

فرع : المرتد لا ولاية له على مسلمة ولا مرتدة ولا غيرها من الكافرات .

قلت : لا يزوّج مسلم كافرة إلا السلطان والسيد على الأصح وإذا زوَّج أمة موليته[1] ، ولا يزوج كافر مسلمة إلاّ أمته وأُم ولده على وجه ، قاله الفوراني . والله أعلم .

المانع الخامس : الاحرام . فإحرام أحد العاقدين أو المرأة يمنع انعقاد النكاح . وقيل : إن كان العاقد الامام أو القاضي ، فله التزويج ، لقوة ولايتهما . والصحيح المنع[2] .

---

(١) قال الشيخ البلقيني : بقيت صورة رابعة وهي ما إذا زوج المسلم الكافرة المملوكة لمحجوره المسلم وكان الزوج أباً أو جداً كما هو مقرر في موضعه . قال الشيخ جلال الدين : سألت عما لو وكل كافر مسلماً في إيجاب نكاح كافرة لكافر وهو ولي عليها ، ويظهر فيها الجواز لأنه إذا كان إمام الحرمين ادعى أن الكافر يكون وكيلاً في إيجاب نكاح مسلمة على المذهب فما الظن بهذه المسألة . انتهى . والمذهب خلاف ما ذكره الإمام .

(٢) قال الشيخ البلقيني فوائد :

الأولى : لو أحرم شخص وتزوج ولم يدر هل أحرم قبل تزويجه أم بعده ففي فتاوى المصنف نقلاً عن =

وفي تأثير الاحرام وجهان . أحدهما : سلب الولاية ونقلها إلى الأبعد ، كالجنون . وأصحهما : أنه مجرد الامتناع دون زوال الولاية ، لبقاء الرشد والنظر ، فعلى هذا ، يزوجها السلطان كما لو غاب ، وسواء الاحرام بالحج أو العمرة ، والصحيح والفاسد ، وقيل : لا يمنع الفاسد ، وينعقد بشهادة المُحرِم على الصحيح ، وخالف الاصطخري . وتصح الرجعة في الاحرام على الأصح .

ومن فاته الحج ، هل يصح نكاحه قبل التحلل بعمل عمرة ؟ فيه وجهان حكاهما الحناطي .

قلت : الصحيح المنع ، لأنه محرم . والله أعلم .

فرع : إذا وكل حلال حلالاً في التزويج ، ثم أحرم أحدهما ، أو المرأة ،

نص الشافعي أنه يصح تزويجه وقاس عليه أصحابه من أحرم بعمرة ثم أدخل عليها الحج وشك هل كان إدخاله قبل الطواف أو بعده فإنه يحكم بصحة حجه حتى يتيقن أنه كان بعده وقد ذكر الماوردي ذلك لكن في النهاية في أواخر الطلاق أن العبد إذا طلق امرأته طلقتين وأعتقه سيده ولم يدر أكان العتق أسبق أو الطلاق واتفق الزوجان على الاشكال . عن ابن الحداد أنها تحرم حتى تنكح زوجاً غيره .
قال : وقد وافقه معظم الأصحاب ، وذهب بعضهم إلى جواز العود والأول هو المذهب . وقد كتبت عن فتاوى القاضي الحسين في مسألة الوكالة عند التوكيل ما يشهد لما قررناه أولاً ، ونظير ذلك ما لو صلى خلف إمام وشك هل كان متقدماً أو متأخراً وفيها كلام الشافعي والأصحاب ، ولذلك نظائر كثيرة .
الثانية : إذا أحرم الإمام وقلنا بالأصح أنه لا يزوج فهل للقضاة ونوابهم التزويج حال إحرام الإمام وجهان ذكرهما الماوردي ومن تبعه ، ولم يرجح شيئاً والأصح الجواز .
الثالثة : إذا كان السيد محرماً فأذن لعبده في التزويج أو كان ولي السفيه محرماً فأذن للسفيه في التزويج وكان أو العبد أو السفيه حلالاً فهل يصح عقدهما بهذا الإذن حالة الإحرام؟ لم أقف على نقل في ذلك والأقرب المنع ولو كان الولي حلالاً فزوج أمة المحجور عليه وهي حلال والزوج حلال فالصواب الصحة . انتهى .
قال في القوت : لو أذن المحرم لعبده الحلال في النكاح . قال القاضي أبو الطيب في الحج من تعليقه حكى ابن المزربان عن ابن القطان أن الإذن باطل .
قال : قيل لابن القطان فالمحرمة إذا أذنت لعبدها فيه قال : لا يجوز كالمحرم سواء . قال ابن المزربان في المسألتين . عندي نظر .
قال صاحب القوت : وقياس قول ابن القطان أنه لو أذن الولي المحرم للسفيه في النكاح لم يصح وكان المأخذ أن المحرم ساقط العبادة في النكاح جملة فظهر ما بحثه الشيخ في العبد منقولاً وما ذكره في السفيه بحثاً أيضاً موافق لبحث الأذرعي . قاله البكري .

ففي انعزال الوكيل وجهان . أصحهما : لا ينعزل ، فيزوج بعد التحلل بالوكالة السابقة ، وليس للوكيل الحلال أن يزوج قبل تحلل الموكل . هذا هو المعروف في المذهب ، ونقل الغزالي في « الوجيز » فيه وجهاً ، ولم أره لغيره ولا له في « الوسيط » .

ولو وكله في حال إحرام الوكيل أو الموكل أو المرأة ، نظر ، إن وكله ليعقد في الاحرام ، لم يصح . وإن قال : لتزوج بعد التحلل ، أو أطلق ، صح ، لأن الاحرام يمنع الانعقاد دون الإذن . ومن ألحق الإحرام بالجنون ، لم يصححه .

ولو قال : إذا حصل التحلل فقد وكلتك ، فهذا تعليق للوكالة ، وقد سبق الخلاف فيه . وإذن المرأة في حال إحرامها على التفصيل المذكور في التوكيل .

ولو وكل حلال محرماً ليوكل حلالاً بالتزويج ، صح على الأصح ، لأنه سفير محض ليس إليه من العقد شيء .

واعلم أن وكيل المصلي يزوج ، بخلاف وكيل المحرم ، لأن عبارة المحرم غير صحيحة ، وعبارة المصلي صحيحة . حتى لو زوجها في صلاته ناسياً ، صح النكاح والصلاة .

فصل : إذا لم يكن الولي الأقرب حاضراً ، نظر ، إن كان مفقوداً لا يعرف مكانه ولا موته وحياته ، زوجها السلطان ، لتعذُّر نكاحها من جهته . وإن انتهى الأمر إلى غاية يحكم القاضي فيها بموته وقَسم ماله بين ورثته ـ على ما سبق في الفرائض ـ انتقلت الولاية إلى الأبعد . وإن عرف مكان الغائب ، فإن كان على مسافة القصر ، زوَّجها السلطان ، ولا يزوجها الأبعد . وقيل : يزوجُ الأبعد . وعن القاضي أبي حامد : إن كان من الملوك وكبار الناس ، اشترط مراجعته ، وإن كان من التجار وأوساط الناس ، فلا . والصحيح الأول : وإن كان دون مسافة القصر ، فأوجه . أحدها : كالطويلة ، وهو ظاهر نصه في « المختصر » . وأصحها : لا تزوج حتى يراجَع فيحضُر أو يوكل ، نص عليه في « الإملاء » .

والثالث : إن كان بحيث يتمكن المبتكر إليه من الرجوع إلى منزله قبل الليل ، اشترطت مراجعته ، وإلا ، فلا .

فرع : عن الشافعي رضي الله عنه : أن السلطان لا يزوج مَن تدَّعي غَيبة وليها حتى يشهد شاهدان أنه ليس لها ولي حاضر ، وأنها خليَّة عن النكاح والعدة . فقيل : هذا واجب . وقيل : مستحب .

قلت : الأصح أنه مستحب ، وبه قطع إبراهيم المروذي ، ذكره في آخر « كتاب الطلاق » . والله أعلم .

فعلى هذا ، لو ألحت في المطالبة ، ورأى السلطان التأخير ، فهل له ذلك ؟ وجهان[1] ، ولا يقبل في هذا إلّا شهادة مطلّع على باطن أحوالها . وإن كان الولي الغائب ممَّن لا يزوِّج إلّا بإذن ، فقالت : ما أذنتُ له ، فللقاضي تحليفها على نفي الإذن .

قلت : قال الغزالي : وللقاضي تحليفها أن وليها لم يزوجها في الغيبة إن رأى ذلك . ومثل هذه اليمين التي لا تتعلق بدعوى ، هل هي مستحبة ، أم واجبة ؟ وجهان . والله أعلم .

فرع : إذا غاب الوليُّ الأقربُ الغيبة المعتبرة ، فالاولى للقاضي أن يأذن للأبعد أن يزوِّج ، أو يستأذنه ليزوج القاضي .

فرع : في « فتاوى » البغوي : أن القاضي إذا زوَّج من غاب وليُّها . ثم قَدِمَ وليُّها بعد العقد ، بحيث يعلم أنه كان قريباً من البلد عند العقد ، لم يصح النكاح .

الطرف الرابع : في تولِّي طرَفي العقد ، فيه مسائل .

إحداها : هل يتولى الجد طرفي تزويج بنت ابنه الصغيرة أو الكبيرة بابن ابن آخر مولى عليه ؟ فيه وجهان . اختار ابن الحداد والقفال وابن الصباغ الجواز ،

---

(١) قال في المهمات : مقتضاه أن الخلاف للشافعية وهو غلط وعبارة الرافعي : فيه وجهان رواهما الإمام عن أهل الأصول .

وعبارة النهاية : وهذا لا ينتهي إليه كلام الفقهاء وهو من محط أحكام الإمامة ، وقد اختلف أرباب الأصول فذهب قدوتنا في الأصول إلى أنها تجاب وذهب القاضي أبو بكر الباقلاني إلى أنه لا يجيبها إن رأى ذلك وظهر بذلك أن أحد القائلين مالكي والظاهر أن الآخر هو الإسنوي . قال في التوسط : الأقرب أنه الأستاذ أبو إسحاق الاسفراييني . قال : وفي هذا التغليظ نظر من حيث النقل والمعنى .

وصاحب « التلخيص » وجماعة من المتأخرين المنع .

قلت : قال الرافعي في « المحرر » : رجح المعتَبَرون الجواز[١] . والله أعلم .

فإن جوزنا ، اشترط الإتيان بشِقَّي الايجاب والقبول على الأصح . وقيل : يكفي أحدهما . وإن منعنا ، فإن كانت بالغة ، زوَّجها السلطان بإذنها ، ويقبل الجد للابن ، وإن كانت صغيرة ، وجب الصبر إلى أن تبلغ فتأذن ، أو يبلغ الصغير فيبلغ ، كذا حكاه الشيخ أبو علي وغيره . وذكر الامام تفريعاً على المنع : أنه يرفع إلى السلطان ليتولى أحد الطرفين . قال : ثم يحتمل أن يتخيَّر منهما ، ويحتمل أن يقال : يأتي بما يستدعيه الولي ، وهذا مفروض فيما إذا كانت الولاية بسبب الجنون ، وإلاّ ، فغير الأب والجد لا يزوج الصغير ولا الصغيرة .

الثانية[٢] : للعم تزويج بنت أخيه بابنه البالغ ، ولابن العم تزويجها بابنه على المذهب فيهما . هذا إذا أطلقت الإذن وجوَّزناه . فإن عيَّنته في الإذن ، جاز قطعاً ، لانتفاء التهمة .
وإن زوَّجها بابنه الطفل ، لم يصح على المذهب ، لأنه نكاح لم يحضره أربعة ، وليس له قوة الجدودة .

الثالثة[٣] : إذا كان الولي ممن يجوز له نكاحها ، كابن العم ، والمعتق ، والقاضي ، وأراد نكاحها ، لم تجز تولية الطرفين . ولكن يزوج ابن العم مَن في

---

(١) قال في الشرح الصغير : إنه أقوى الوجهين .
قال الشيخ البلقيني : « قوله أو الكبيرة الذي يظهر أن مراده مع البكارة فلو كانت ثيباً بالغة عاقلة فهل يجري الوجهان . هذا موضع تأمل فمن راعى الإجبار ولم يحكم بتولي الطرفين ، ومن راعى مطلق شفقة الجدودة حكم بإجراء الوجهين ، أما لو انتفى الإجبار من جانب الزوج لبلوغه وعقله فلا يتولى الجد الطرفين لأن الزوج تقبل بنفسه فزوجه الجد وإن كان يحتاج السفيه إلى إذن الجد على الأصح عند المراوزة لأنه لم يتحد الموجب والقابل .
وقال الشيخ أيضاً لو كانت الزوجة ثيباً لم يتول الجد الطرفين . ذكره في البيان ، وعلى هذا فيتولى واحداً والسلطان آخر .
(٢) في « ط » المسألة الثانية .
(٣) في « ط » المسألة الثالثة .

درجته ، فإن لم يكن ، فالقاضي . وإن كان الراغب القاضي ، زوَّجه والٍ فوقه ، أو خرج إلى قاضي بلد آخر ، أو يستخلف مَن يزوجه إن كان له الاستخلاف .

وإن كان الراغب الامام الأعظم ، زوَّجه بعضُ قضاته . هذا هو الصحيح .

وفي الامام وجه مشهور : أنه يتولى الطرفين . وفي القاضي وابن العم وجه أبعد ، ويجيء مثله في المعتق . وحكي الوجه في القاضي عن أبي يحيى البلخي .

ولو أراد أحد هؤلاء تزويجها بابنه الصغير ، فكنفسه . وحيث جوزنا لنفسه ، فذلك إذا سمَّته في إذنها . فإن أطلقت ، وجوَّزنا الاطلاق ، فوجهان حكاهما الحناطي .

وفي « فتاوى » البغوي : أنه لو أراد نكاح بنت عمه وهو وليها ، وهو غائب عنها ، زوَّجها به قاضي بلد المرأة ، لا قاضي بلد الرجل .

الرابعة[١] : من منعناه تولي الطرفين ، فوكَّل في أحدهما ، أو وكَّل شخصين فيهما ، لم يصح على الأصح ، لأن فعل الوكيل فعل الموكل . وقيل : يصح ، لوجود العدد . وقيل : يجوز للجد ، لتمام ولايته من الطرفين . ولو وكَّل الوليُّ رجلاً ، ووكَّله الخاطب ، أو وكَّله في تزويجه لنفسه ، فتولى الطرفين ، لم يصح على الصحيح .

الخامسة[٢] : زوَّج امته بعبده الصغير ، وجوَّزنا له إجباره ، فهو كتولي الجد طرفيه .

السادسة[٣] : ابنا عمٍّ ، أحدُهما لأب ، والآخر لأبوين ، أراد الأول نكاحها ، يزوجه الثاني ، وإن أراد الثاني وقلنا : هما سواء ، زوَّجه الأول ، وإلاّ ، فالقاضي .

السابعة[٤] : قالت لابن عمها أو معتقها : زوجني ، أو زوجني مَن شئت ،

---

(١) في « ط » المسألة الرابعة .

(٢) في « ط » المسألة الخامسة .

(٣) في « ط » المسألة السادسة .

(٤) في « ط » المسألة السابعة .

ليس للقاضي تزويجه بها بهذا الإذن ، لأن المفهوم منه التزويج بأجنبي . وإن قالت : زوجني نفسك ، حكى البغوي عن بعض الأصحاب : أنه يجوز للقاضي تزويجه إياها . قال : وعندي لا يجوز ، لأنها إنما أذنت له ، لا للقاضي .

قلت : الصواب الجواز ، لأن معناه : فوض إلى من يزوجك إياي . والله أعلم .

الطرف الخامس : في التوكيل ، التوكيل بالتزويج جائز . فإن كان الولي مجبراً ، فله التوكيل بغير إذنها[١] على الصحيح . وقيل : يشترط إذنها ، حكاه الحناطي والقاضي أبو حامد . فعلى هذا ، إن كانت صغيرة ، امتنع التوكيل . فعلى الصحيح : إذا وكّل لا يشترط تعيين الزوج على الأظهر[٢] .

ولو أذنت الثيب في النكاح أو البكر لغير الأب والجد ، ففي اشتراط التعيين القولان . وقيل : لا يشترط قطعاً ، لأن الولي يعتني بدفع العار عن النسب ، بخلاف الوكيل . قال الامام : وظاهر كلام الأصحاب يقتضي طرد الخلاف وإن رضيت بترك الكفاءة ، لكن القياس تخصيصه بمن لم ترض .

فأمّا من أسقطت الكفاءة ، فلا معنى لاشتراط التعيين فيها . وإذا جوزنا التوكيل المطلق ، فعلى الوكيل رعاية النظر .

فلو زوج لغير كفء ، لم يصح على الصحيح . وحكى ابن كج وجهاً : أنه يصح ، ولها الخيار . فإن كانت صغيرة ، خيِّرت عند البلوغ .

ولو خطب كفآن ، وأحدهما أشرف ، فزوَّج الآخرَ ، لم يصح . وإذا جوزنا الإذن المطلق ، فقالت : زوجني ممن شئتَ ، فهل له تزويجها غير كفء ؟ وجهان ، أصحهما عند الامام والسرخسي وغيرهما : نعم ، كما لو قالت : زوجني ممن شئت كفأً كان أو غيره . هذا كله إذا كان الولي مجبراً . فإن كان غير مجبر ، لكونه غير

---

(١) كما يزوجها بغير إذنها لكن يسن له استئذانها ويكفي سكوتها .

(٢) لأنه يملك التعيين في التوكيل فيملك الاطلاق به كما في البيع وسائر التصرفات . والثاني : يشترط ذلك لاختلاف الأغراض باختلاف الأزواج وليس للوكيل شفقة تدعوه إلى حسن الاختيار وأجاب الأول بان شفقة الولي تدعوه إلى أنه لا يوكل إلا من يثق بنظره واختياره .

الأب والجد ، أو كانت ثيباً ، ففيه صور .

إحداها : قالت : زوجني ووكل ، فله كل واحد منهما .

الثانية : نهت عن التوكيل ، لا يوكل[١] .

الثالثة : قالت : وكل بتزويجي واقتصرتْ عليه ، فله التوكيل . وهل لـه أن يزوج بنفسه ؟ وجهان . أصحهما : نعم .

الرابعة : قالت : أذنتُ لك في تزويجي ، فله التـوكيل على الأصـح ، لأنه متصرف بالولاية[٢] .

ولو وكَّل من غير مراجعتها واستئذانها بالكلية ، لم يصح على الصحيح ، لأنه لا يملك التزويج بنفسه حينئذٍ . والثاني : يصح . فعلى هـذا ، يستأذن الـوليُّ أو الوكيلُ للولي ، ثم يزوج . ولا يجوز أن يستأذن لنفسه . ثم إذا وكَّل غير المجبر بعد إذن المرأة ، فهل يشتـرط تعيين الزوج إن أطلقت الإذن ؟ وجهـان كما في تـوكيل المجبر .

قال الامام : وإذا عينت زوجاً ، سواء شرطنا تعيينها ، أم لا ، فليذكره الولي للوكيل . فإن لم يفعل وزوَّج الوكيلُ غيره ، لم يصح . وكذا لو زوَّجه ، لم يصح على الظاهر ، لأن التفويض المطلق ـ مع أن المطلوب معيَّن ـ فاسد . وهذا كما لو قال الولي للوكيل : بع مال الطفل بالعين ، فباع بالغبطة ، لم يصح .

فـرع : قالت أذنتُ لـك في تزويجي ، ولا تـزوِّجني ، قال الامـام : قال الأصحابِ : لا يصح هذا الإذن ، لأنها منعت الولي ، وجعلت التفويض للأجنبي ، فأشبه الإذن للأجنبي ابتداءً .

فرع : في « فتاوى » البغوي : أنه إذا لم يكن ولي سوى الحاكم ، فأمر قبل أن يستأذنها رجلاً بتزويجها ، فزوَّجها الرجل بإذنها ، هل يصح النكاح ؟ يبنى على أن

---

(١) ونفى الإمام والبغوي الخلاف فيه عملاً بإذنها لأنها إنما تزوج بالإذن وإن لم تأذن في تزويج الوكيل بل نهت عنه .

(٢) فأشبه الوصي والقيم وهما يتمكنان من التوكيل بغير إذن بل هو أولى منهما لأنهما نائباه وهو ولايته أصلية بالشرع وإذنها في التزويج شرط في صحة تصرفه وقد حصل .

استنابة القاضي في شغل معين ـ كتحليف وسماع شهادة ـ يجري مجرى الاستخلاف ، أم لا ؟ إن قلنا : نعم ، جاز قبل استئذانها ، وصح النكاح ، وإلا ، فلا يصح على الأصح ، كتوكيل الولي قبل الإذن .

فصل في بيان لفظ الوكيل في عقد النكاح : فيقول وكيل الولي للزوج : زوَّجتُك بنت فلان[١] . فإن كان الوكيل للزوج ، قال الولي : زوَّجت بنتي فلاناً ، فيقول وكيله : قبلت نكاحها له . فلو لم يقل : « له » ، فعلى الخلاف السابق إذا قال الزوج : « قبلت » ولم يقل : « نكاحها » . ولو قال الولي لوكيل الزوج : زوَّجت بنتي لك ، فقال : قبلت نكاحها لفلان ، لم ينعقد[٢] .

وإن قال : قبلت نكاحها ، وقع العقد للوكيل ، ولم ينصرف إلى الموكّل بالنية .

ولو جرى النكاح بين وكيلين ، فقال وكيل الولي : زوَّجت فلانة فلاناً ، فقال وكيل الزوج : قبلتُ نكاحها لفلان ، صح .

وفي البيع يجوز أن يقول البائع لوكيل المشتري : بعتك ، ويقول الوكيل : اشتريتُ وينوي موكلَه ، فيقع العقد للموكل وإن لم يسمه . وفرَّقوا بينهما بوجهين . أحدهما : أن الزوجين كالثمن والمثمن ، ولا بد من تسميتهما . الثاني : أن البيع يرد على المال ، وهو قابل للنقل من شخص إلى شخص ، والنكاح يرد على البضع ، وهو لا يقبل النقل ، ولهذا لو قبل النكاح لزيد بوكالة ، فأنكرها زيد ، لم يصح العقد .

ولو اشترى لزيد ، فأنكرها ، صح الشراء للوكيل .

ولو قال وكيل الزوج أولاً : قبلت نكاح فلانة منك لفلان ، فقال وكيل الولي : زوَّجتُها فلاناً ، جاز . ولو اقتصر على قوله : زوجتها ، ولم يقل : فلاناً ، فعلى الخلاف السابق .

---

(١) أي زيد مثلاً وقضية قوله « ثبت فلان » جواز الاقتصار على اسم الأب ومحله إن كانت مميزة بذكر الأب وإلا فلا بد أن يذكر صفتها ويرفع نسبها إلى أن ينتفي الاشتراك .

(٢) لعدم التوافق .

فرع : إذا قبل الأب النكاح لابنه بالولاية ، فليقل الولي : زوَّجتُ فلانة بابنك ، فيقول الأب : قبلتُ نكاحها لابني .

فرع : كانت بنتُه مزوجة أو معتدة ، فقال : إذا طلقتْ أو انقضت عدتها ، فقد وكَّلتُك بتزويجها ، فقولان ، كما لو قال : إذا مضت سنة ، فقد وكلتك بتزويجها . وهذا تفريع على أنه لو قال: وكَّلتك بتزويجها إذا طلقها، يصح ، كقوله : زوِّجها إذا مضت سنة . وفي وجه : لا يصح هذا التوكيل ، وقد سبق بيانهما في الوكالة .

فرع : لا يشترط في التوكيل بالتزويج ذِكر المهر ، لكن لو سمَّى قدراً ، لم يصح التزويج بدونه ، كما لو قال : زوِّجها في يوم كذا ، أو مكان ، فخالف الوكيل ، لا يصح . ولو أطلق التوكيل ، فزوَّج الوكيل بدون مهر المثل ، أو لم يتعرض للمهر ، أو نفاه ، ففيه خلاف نذكره في آخر الباب الثاني من « كتاب الصداق » إن شاء الله تعالى . ولو وكله بقبول نكاح امرأة ، وسمى مهراً ، لم يصح القبول بما زاد عليه . وإن لم يسمِّ ، فليقبل نكاح امرأة تكافئه ، مهر المثل أو أقل . فإن تزوَّج له من لا تكافئه ، لم يصح . وقيل : إن قبل بأكثر من مهر المثل ، أو بغير نقد البلد ، أو بعين من أعيان مال الموكل ، أو من مال نفسه ، فوجهان . أحدهما : يصح النكاح ، وعلى الموكل مهر المثل من نقد البلد . والثاني : لا يصح ، كالبيع . هكذا فصَّل المسألة البغوي .

ولك أن تتوقف في موضعين .

أحدهما : تصحيح اطلاق التوكيل في قبول نكاح امرأة ، لأنه لو وكله في شراء عبد ، اشترط بيان نوعه وتفصيله ، فالاشتراط هنا أولى .

الثاني : حكمه ببطلان قبول من لا تكافئه ، لأنا سنذكر أن للولي أن يزوج الصغير من لا تكافئه . وإذا جاز للولي ، فكذا للوكيل عند إطلاق التوكيل .

قلت : هذا الاعتراض الثاني فاسد ، كما لو اشترى الوكيل معيباً ، بخلاف قوة ولاية الأب . وفي الاعتراض الأول أيضاً نظر ، والراجح المختار ما ذكره البغوي . والله أعلم .

فرع : قال : اقبل لي نكاح فلانة على عبدك هذا ، ففعل ، صح النكاح . وفي العبد وجهان . أحدهما : لا تملكه المرأة ، بل على العبد مهر المثل . والثاني : تملكه . وهل هو قرض ، أم هبة ؟ وجهان .

الطرف السادس : فيما يلزم الولي . فإن كان مجبراً ، فقد ذكرنا أن عليه الاجابة إلى التزويج إذا طلبت . ويلزمه تزويج المجنونة والمجنون عند الحاجة بظهور أمارات التَّوَقان ، أو بتوقُّع الشفاء عند إشارة الأطباء ، ولا يلزمه تزويج ولديه الصغير والصغيرة لعدم الحاجة . فلو ظهرت الغبطة في تزويجهما، ففي الوجوب احتمال للامام ، كما إذا طلب ماله بزيادة ، يجب البيع . والوجوب في الصغير أبعد ، للزوم المؤن . أما غير المجبر ، فإن تعين ، كأخ واحد ، لزمه الاجابة إذا طلبت كالمجبر ، ويجيء فيه الخلاف المذكور هناك . وإن لم يتعين كإخوة ، فطلبت من بعضهم ، وجبت على الأصح . ولو عضل الواحد أو الجمع ، زوَّج السلطان كما سبق .

فصل : إذا قبل الأب للصغير أو المجنون نكاحاً بصداق من مال الابن ، فإن كان عَيناً ، فذاك ، ولا تعلق له بالأب . وإن كان دَيناً ، فقولان . القديم : إن الأب يكون ضامناً للمهر بالعقد . والجديد : لا يكون ضامناً ، إلا أن يضمن صريحاً ، كما لو اشترى لطفله شيئاً . فإن كان الثمن عليه ، لا على الأب ، قال ابن كج : القولان فيما إذا أطلق . فإن شرطه على الابن ، فعلى الابن قطعاً .

ثم قال العراقيون وعامة الأصحاب : القولان إذا لم يكن للابن مال . فإن كان ، فالأب غير ضامن قطعاً . وقيل بطرد القولين . فإن قلنا بالجديد ، فتبرع بالأداء ، لم يرجع ، وكذا الأجنبي . وإن ضمن صريحاً ، وغرم ، فقصد الرجوع هنا بمنزلة إذن المضمون عنه . فإن ضمن بقصد الرجوع ، وغرم بقصد الرجوع ، رجع ، وإلا ، فعلى الخلاف المذكور في الضمان بغير الإذن . وإن ضمن بشرط براءة الأصيل ، قال القاضي حسين : إن لم نصحح الضمان بشرط براءة الأصيل ، فهذا ضمان فاسد شُرِط في الصداق . وقد سبق ذكر قولين في أن شرط الضمان الفاسد أو الرهن الفاسد في عقد هل يُفسد العقد ؟ وإن صححنا الضمان بشرط براءة الأصيل ، فالشرط هنا فاسد ، لأنه لا دين في ذمة المعقود له . وإذا فسد الشرط ، ففي فساد الضمان وجهان سبقا في « الضمان » . فإن قلنا بالقديم ، فغرم ، قال القاضي حسين

والشيخ أبو علي : لا يرجع على الابن ، لأنه غرم بالشرع ، كما لا ترجع العاقلة على الجاني . واعترض الامام فقال : المطالبة متوجهة على الابن ، بخلاف الجاني . فعلى هذا ، يرجع إن قصد الرجوع عند الأداء ، وبهذا قطع البغوي .

ولو شرط الأب أن لا يكون ضامناً ، فعن القاضي : أنه يبطل العقد على القديم . قال الامام : وهذا وهم من الناقلين عنه ، فإن النكاح لا يفسد بمثل ذلك ، ولعله قال : يبطل الشرط ويلزم الضمان .

فصل : يجب على الولي حفظ مال الصبي وصونه عن أسباب التلف ، وعليه استنماؤه قدر ما لا تأكل النفقة والمؤن المال إن أمكن ذلك ، ولا تلزمه المبالغة في الاستنماء وطلب النهاية . وإذا طلب متاعه بأكثر من ثمنه ، لزمه بيعه . ولو كان شيء يباع بأقل من ثمنه ، وللطفل مال ، لزمه شراؤه إذا لم يرغب فيه لنفسه ، هكذا أطلقه الامام والغزالي في الطرفين ، ويجب أن يتقيد ذلك بشرط الغبطة ، بل بالأموال المعدَّة للتجارة .

أما ما يحتاج إلى عينه ، فلا سبيل إلى بيعه وإن ظهر طالب بالزيادة . وكذا العقار الذي يحصل منه كفايته . وكذا في طرف الشراء قد يؤخذ الشيء رخيصاً ، لكنه عرضة للتلف ، ولا يتيسر بيعه لقلة الراغبين فيه ، فيصير كَلًّا على مالكه .

قلت : هذا الذي قاله الرافعي ، هو الصواب ، ولا يغترَّ بما خالفه . والله أعلم .

فرع : إذا تضجر الأب بحفظ مال الطفل والتصرف فيه ، رفع الأمر إلى القاضي لينصب قيِّماً بأجرة ، وله أن ينصب بنفسه ، ذكره الامام . ولو طلب من القاضي أن يثبت له أجرة على عمله ، فالذي يوافق كلام الجمهور : أنه لا يجيبه إليه غنياً كان أو فقيراً ، إلا أنه إذا كان فقيراً ينقطع عن كسبه ، فله أن يأكل منه بالمعروف كما سبق في « الحجر » ، وذكر الامام أن هذا هو الظاهر . قال : ويجوز أن يقال : يثبت له أجرة ، لأن له أن يستأجر ، فجاز له طلبها لنفسه ، وبهذا الاحتمال قطع الغزالي . وعلى هذا ، لا بد من تقدير القاضي ، وليس له الاستقلال به ، وهذا إذا لم يكن هناك متبرع بالحفظ والعمل . فإن وجد متبرع ، وطلب الأب الأجرة ، فقد أشار الامام إلى وجهين أيضاً . الصحيح : أنه لا يثبتها له ، للاستغناء عنه . والثاني :

يثبتها ، لزيادة شفقته ، كما تُقدَّم الأُم في الرضاع على قولٍ على المتبرعة .

الطرف السابع : في خصال الكفاءة(١) .

إحداها : التنقي من العيوب المثبتة للخيار ، واستثنى البغوي منها التعنين وقال : لا يتحقق ، فلا ينظر إليه .

وفي تعليق الشيخ أبي حامد وغيره : التسوية بين التعنين وغيره ، وإطلاق الجمهور يوافقه . فمن به عيب ، ليس كفأً لسليمة منه ، وكذا إن كان بها ذلك العيب ، لكن ما به أفحش ، أو أكثر ، فليس بكفءٍ . فإن تساويا ، أو كان ما بها أكثر ، فوجهان بناءً على ثبوت الخيار في هذه الحالة ، ويجريان لو كان مجبوباً وهي رتقاء ، وزاد الروياني على العيوب المثبتة للخيار العيوب المنفرة ، كالعمى ، والقطع ، وتشوّه الصورة . وقال : هي تمنع الكفاءة عندي ، وبه قال بعض الأصحاب ، واختاره الصيمري .

الثانية : الحرية ، فلا يكون رقيق كفأً لحرة أصليَّة ولا عتيقة ، ولا عتيقٌ لأصليَّة ، ولا من مس الرق أحد آبائه لمن لم يمس أحداً من آبائها ، ولا من مس أباً

---

(١) شرعت دفعاً للعار وليست شرطاً في صحة النكاح بل هي حق للمرأة والولي فلهما إسقاطها .
يقال : الكفوء النظير ونظير الشيء مثله والمصدر الكفاءة بالفتح والمد ، وقولهم لا كفاءة له بالكسر وهو في الأصل مصدر أي لا نظير له والأكفاء جمع كفوء بتسكين الفاء وضمها وهمز الأخر وبتسكين الفاء وأخره بالواو وهو النظير والمساوي .
وفي تفسير الكشاف للزمخشري وقرىء كفوءاً بضم الكاف والفاء وبضم الكاف وكسرها مع سكون الفاء .
وقال القونوي : قال أبو الليث رحمه الله : قرأ عاصم في رواية حفص كفواً بغير همزة وقرأ حمزة كفوءاً بهمزة وذلك يرجع إلى معنى واحد وقرأ حمزة ويعقوب ونافع في رواية كفوءاً بالتخفيف وخفض كفوءاً بالحركة وقلب الهمزة واواً .
(الصحاح ١/٦٨) ، (المصباح المنير ٢/٨٢٧) ، (الكشاف ٤/٢٩٩) ، (أنيس الفقهاء ص / ١٤٩ ـ ١٥٠) .
وقد نظم يونس بن عبد المجيد خصال الكفاءة في بيت مفرد فقال :
شروط الكفاءة ستة قد حررت ينبيك عنها بيت شعر مُفردُ
نسبٌ ودينٌ وصنعةٌ حُريةٌ فقدُ العيوب وفي اليسار ترددُ
(طبقات الشافعية الكبرى ١٠/٤٣٢) .

أقرب في نسبه لمن مس أباً أبعد من نسبها . ويشبه أن يكون الرق في الأُمهات مؤثراً ، ولذلك تعلق به الولاء .

قلت : المفهوم من كلام الأصحاب ، أن الرق في الأُمهات لا يؤثر كما سيأتي في « النسب » إن شاء الله تعالى . وقد صرح بهذا صاحب « البيان »[١] فقال : من ولدته رقيقة كفءٌ لمن ولدته عربيّة ، لأنه يتبع الأب في النسب . والله أعلم .

الثالثة : النسب[٢] ، فالعجمي ليس كفأً للعربية ، ولا غير القرشي للقرشية[٣] ، ولا غير الهاشمي والمطلبي للهاشمية أو المطلبية[٤] .

وبنو هاشم وبنو المطلب أكفاءٌ وحكي وجه : أن قريشاً بعضهم أكفاءُ بعض ، ويعتبر النسب في العجم كالعرب . وقال القفال والشيخ وأبو عاصم : لا يعتبر ، لأنهم لا يعتنون بحفظها وتدوينها . والأول أصح . ومقتضاه الاعتبار فيمن سوى قريش من العرب ، لكن ذكر ذاكرون أنهم أكفاء .

قلت : مقتضى كلام الأكثرين ، أن غير قريش من العرب بعضهم أكفاء بعض ، كما صرح به هؤلاء الجماعة . وذكر الشيخ إبراهيم المروذي ، أن غير كنانة ليسوا أكفاءً لكنانة . ومما يتعلق بهذا ما حكاه في « البيان » عن الصيمري ، أنه قال : موالي قريش أكفاءٌ لقريش ، وكذا موالي كل قبيلة أكفاءٌ لها ، قال : وجمهور الأصحاب على أنهم ليسوا بأكفاءٍ ، وهو الصحيح . والله أعلم .

فرع : الاعتبار في النسب بالأب ، فمن أبوه عجمي وأُمه عربية ، ليس بكفءٍ لمن أبوها عربي وأُمها عجمية .

الرابعة : الدين والصلاح فمن أسلم بنفسه ، ليس كفأً لمن لها أبوان أو ثلاثة

---

(١) ووافقه ابن الرفعة . قال السبكي : وما جزم به المصنف رحمه الله من كون العتيق ليس كفوءاً لحرة أصيلة لا يساعده عليه عرف ولا دليل .

(٢) بأن تنسب المرأة إلى من تشرف به بالنظر إلى من ينسب الزوج إليه لأن العرب تفتخر بأنسابها أتم الافتخار .

(٣) لقوله ﷺ قدموا قريشاً ولا تقدموها .
رواه الشافعي بلاغاً .

(٤) كبني عبد شمس ونوفل وإن كانا أخوين لهاشم لخبر مسلم : « إن الله اصطفى من العرب كنانة واصطفى من كنانة قريشاً واصطفى من قريش بني هاشم » .

في الإسلام ، وقيل : كفءٌ ، وقيل : لا ينظر إلا إلى الأب الأول والثاني : فمن له أبوان في الإسلام ، كفءٌ لمن لها عشرة آباء في الإسلام والأول أصح ! والفاسق ليس بكفءٍ للعفيفة[١] ، ولا تعتبر الشهرة ، بل من لا يشهر بالصلاح كفءٌ للمشهورة به . وإذا لم يكن الفاسق كفأً للعفيفة ، فالمبتدع أولى أن لا يكون كفأً للنسيبة ، وقد نص عليه الروياني رحمه الله .

الخامسة : الحرفة[٢] . فأصحاب الحِرَف الدنيَّة ليسوا أكفاءً لغيرهم . فالكنَّاس ، والحجَّام ، وقيِّم الحمام ، والحارس ، والراعي ونحوهم ، لا يكافؤون بنت الخياط ، والخياط لا يكافىء بنت تاجر أو بزّاز ، ولا المحترف بنت القاضي والعالم .

وذكر في « الحلية » أنه تراعى العادة في الحِرَف والصنائع ، لأن في بعض البلاد التجارةُ أولى من الزراعة ، وفي بعضها بالعكس .

فرع : الحرفة الدنيَّة في الآباء ، والاشتهار بالفسق ، مما يعيَّر به الولد ، فيشبه أن يكون حال من كان أبوه صاحب حرفة دنيَّة ، أو مشهوراً بفسق ، مع من أبوها عدل ، كما ذكرنا فيمن أسلم بنفسه مع من أبوها مسلم .

والحق أن يجعل النظر في حق الآباء دِيناً وسِيرة وحِرفة من حيِّز النسب ، فإن مفاخر الآباء ومثالبهم ، هي التي يدور عليها أمر النسب ، وهذا يؤكد اعتبار النسب في العجم . ويقتضي أن لا تطلق الكفاءة بين غير قريش من العرب .

السادسة : اليسار على وجه . والأصح : أنه غير معتبر . فإن اعتبرناه ، فوجهان . أحدهما : أن المعتبر يسار بقدر المهر والنفقة ، فإذا أيسر به ، فهو كفءٌ لصاحبة الأُلوف . وأصحهما : لا يكفي ذلك ، بل الناس أصناف ، غني ، وفقير ،

---

(١) وقيل : الفاسق كفء للفاسقة مطلقاً ، وهو كذلك وإن قال في المهمات الذي يتجه عند زيادة الفسق واختلاف نوعه عدم الاكتفاء كما في العيوب .
قال : ولا شك أن الفسق بالقتل والسكر ليس في تعدي المفسدة ، والنفرة كالعقوق وترك الصلاة ونحوها .

(٢) بالهمز من الدناءة ، وضبطها الإمام بما دلت ملابستها على انحطاط المروءة وسقوط النفس بملابسة القاذورات .

ومتوسط ، وكل صنف أكفاءٌ وإن اختلفت المراتب . وفي « فتاوى » القاضي حسين : أنه لو زوَّج بنته البكر بمهر مثلها رجلًا معسراً بغير رضاها ، لم يصح النكاح على المذهب ، لأنه بخس حقها ، كتزويجها بغير كفء .

فرع : ليس من الخصال المعتبرة في الكفاءة الجمالُ ونقيضه ، لكن ذكر الروياني ، أن الشيخ لا يكون كفءاً للشابة على الأصح ، وأن الجاهل ليس كفءاً للعالمة ، وهذا فتح باب واسع .

قلت : الصحيح خلاف ما قاله الروياني . قال أصحابنا : وليس البخل والكرم والطول والقِصَر معتبراً . قال الصيمري : واعتبر قوم البلد ، فقالوا : ساكن مكة والمدينة والبصرة والكوفة ، ليس كفءاً لساكن الجبال ، قال : وهذا ليس بشيء . والله أعلم .

فرع : مقتضى كلام الجمهور ، أن خصال الكفاءة لا تقابل بعضها ببعض[1] . وقد صرح به البغوي وأبو الفرج السرخسي ، حتى لا تزوج سليمة من العيوب[2] دنيَّة بمعيب نسيب ، ولا حرة فاسقة بعبد عفيف ، ولا عربية فاسقة بعجمي عفيف ، ولا رقيقة عفيفة بحرٍ فاسق ، وتكفي صفة النقص في المنع . وفصّل الامام فقال : السلامة من العيوب لا تقابل بسائر فضائل الزوج ، وكذا الحرية ، وكذا النسب .

وفي انحياز دناءة نسبه بعفته الظاهرة ، وجهان . أصحهما : المنع ، قال : والتنقي من الحرف الدنيَّة ، يقابله الصلاح وفاقاً . والصلاح إن اعتبرناه ، يقابل بكل خصلة ، والأمَةُ العربية بالحرِ العجمي على هذا الخلاف .

فرع : قال الامام والغزالي : لا اعتبار بالانتساب إلى عظماء الدنيا والظَّلَمَة المستولين على الرقاب وإن كان الناس قد يتفاخرون بهم ، وهذا الذي قالاه ، لا يساعده كلام النَّقَلة . وقد قال المتولي : للعجم عرف في الكفاءة ، فيعتبر عرفهم .

واعلم أن صاحب « الشامل » نقل قولاً عن كتاب البويطي : إن الكفاءة في

---

(١) أي لا تجبر نقيصة بفضيلة .

(٢) كالعيوب المثبتة للخيار كالبرصاء .

الدِّين وحده ، والمشهور ما سبق .

فصل : الكفاءة حق المرأة والولي واحداً كان أو جماعة مستوين في درجة . فإن زوَّجها بغير كفءٍ وليُّها المنفرد برضاها ، أو أحد الأولياء برضاها ورضى الباقين ، صح النكاح ، فالكفاءة ليست شرطاً للصحة . وإذا زوَّجها الولي الأقرب بغير كفءٍ برضاها ، لم يكن للأبعد الاعتراض .

فلو كان الذي يلي أمرها السلطان ، فهل له تزويجها بغير كفءٍ إذا طلبته ؟ قولان أو وجهان . أصحهما : المنع ، لأنه كالنائب ، فلا يترك الحظ .

ولو زوجها أحد الأولياء بغير كفءٍ برضاها دون رضى الباقين ، لم يصح على المذهب . وفي قول : يصح ، ولهم الخيار في فسخه . وقيل : يصح قطعاً . وقيل : لا يصح قطعاً . وإن زوجها أحدهم أو كلهم بغير رضاها، وكانت قد أذنت في التزويج مطلقاً ، وقلنا : لا يشترط تعيين الزوج ، أو زوَّج الأب أو الجد البكر الصغيرة أو البالغة بغير كفءٍ بغير إذنها ، لم يصح على المذهب . وقيل : يصح . وقيل : إن علم الولي عدم الكفاءة ، فالنكاح باطل ، وإلا ، فصحيح . وإذا صححنا ، فللمرأة الخيار إن كانت بالغة ، وإن كانت صغيرة ، فإذا بلغت ، تخيَّرت . وحكى الامام وجهاً : أنها لا تتخيَّر ، وعليها الرضى بعقد الأب . وهل للولي الخيار في صغرها ؟ وجهان . ورواهما القاضي أبو الطيب قولين .

أحدهما : نعم ، كما لو اشترى للصغير معيباً . والثاني : لا ، لأنه خيار شهوة .

وهذا الخلاف فيما ذكره الحناطي والبغوي ورآه الامام مخصوص بما إذا جهل الولي حال الزوج ، فإن علم ، فلا خيار له . وطرده ابن كج وآخرون في حالتَي العلم والجهل ، وقالوا : ليس هو عاقداً لنفسه حتى يؤاخذ بعلمه .

فرع : في « فتاوى » البغوي : أنها لو أقرت بنكاح لغير كفءٍ ، فلا اعتراض للولي ، لأنه ليس بإنشاء عقد ، ولا يُقبل قوله : « ما رضيتُ » ، كما لو أقرت بالنكاح وأنكر الولي ، لا يقبل إنكاره ، قال : ولو زُوِّجتْ بوكالة ، ثم أنكر الولي التوكيل والمرأة ساكتة ، فالقول قول الولي . فلو أقرت بالنكاح ، قبل قولها .

فرع : إذا زوج الأب ابنه الصغير بمن لا تكافئه ، نظر ، فإن كانت معيبة بعيب يثبت الخيار ، ففي صحة النكاح الخلاف السابق في تزويج الصغيرة بغير كفء . والمذهب : أنه يصح . وقيل : لا يصح إنكاحه الرتقاء والقرناء قطعاً ، لأنه بذل مال في بضع لا ينفع ، بخلاف تزويج الصغيرة بمجبوب ، وإن زوّجه أمة ، لم يصح ، لأنه لا يخاف العنت . وإن زوجه بمن لا تكافئه بجهة أخرى ، صح على الأصح ، إذ لا عار على الرجل في استفراش من دونه . فإن صححنا ، فالتفريع كما سبق في الصغيرة . وإن زوجه عمياء ، أو عجوزاً ، أو مفقودة بعض الأطراف ، فوجهان . ويجب أن يكون في تزويج الصغيرة بالأعمى والأقطع والشيخ الهِمّ الوجهان . وإن زوّج المجنون أمة ، جاز إن كان معسراً وخشي عليه العنت . وفي وجه : لا يجوز ، لأنه لا يخشى عليه وطءٌ يوجب حداً أو إثماً ، وهو ضعيف . وإن كان النقص بسبب آخر ، فعلى ما ذكرنا في الصغيرة .

فرع : زوج بنته بخنثى قد بان رجلاً ، أو ابنه بخنثى قد بان امرأة ، فإن أثبتنا الخيار بهذا السبب ، فالخنثى كالمجنون والمجنونة ، وإلاّ ، فكالأعمى .

قلت : الخصي كالخنثى في هذا ، قال البغوي : وكذا لو أذنت البالغة في التزويج مطلقاً فزوَّجها بخصي أو خنثى . والله أعلم .

فرع : للسيد أن يزوِّج أمته برقيق ودنيء النسب ، ولا يزوجها من به عيب يثبت الخيار ، ولا من لا يكافئها بسبب آخر . فإن خالف ، فهل يبطل النكاح ، أم يصح ولها الخيار ؟ فيه مثل الخلاف السابق . وفي وجه ضعيف : يصح بلا خيار .

ولو زوجها بمعيب برضاها ، لم يكن لها الامتناع من تمكينه ، وله بيعها ممن به بعض تلك العيوب . وهل لها الامتناع عن تمكينه ؟ وجهان .

قلت : قال المتولي : أصحهما : يلزمها التمكين .

ومما يتعلق بالفصل ، لو زوَّجها بعض الأولياء بكفء بدون مهر المثل برضاها دون رضى بقية الأولياء ، صح قطعاً ، إذ لا حق لهم في المهر ، ولا عار . ولو طلبت التزويج برجل ، وادعت كفاءته ، وقال الولي : ليس بكفء ، رفع إلى القاضي ، فإن ثبتت كفاءته ، ألزمه تزويجها ، فإن امتنع ، زوجها القاضي به ، وإن لم تثبت ، لم يلزمه تزويجها به .

قال البغوي : ولو زوجها واحد برضاها ورضى الباقين بغير كفء ، فاختلعت منه ، ثم زوجها أحدهم به برضاها دون إذن الباقين ، فقيل : يصح قطعاً ، لأنهم رَضُوا به أولاً . وقيل : على الخلاف ، لأنه عقد جديد . ولو امتنعوا ، فلهم ذلك بلا خلاف .

قال : ولو استأذن الأب البكر البالغة في التزويج بغير كفء ، فسكتت ، فهل يصح قطعاً ، أم يكون على الخلاف ؟ فيه طريقان . والمذهب : الصحة . وقد سبقت المسألة في أول الباب .

قال الشافعي رحمه الله في « الاملاء » : لو زوَّج أُخته ، فمات الزوج ، فادعى وارثه أن الأخ زوَّجها بغير رضاها ، وأنها لا ترث ، فقالت : زوَّجني برضاي ، فالقول قولها وترث ، قال في «الاملاء» : وإن قال رجل : هذه زوجتي ، فسكتت فمات ، ورثته [فإن][1] ماتت ، لم يرثها ، لأن إقراره يقبل عليه دونها .

ولو أقرت بزوجية رجل ، فسكت فماتت ، ورثها ، وإن مات ، لم ترثه . والله أعلم .

الطرف الثامن : في اجتماع الأولياء .

فإذا اجتمعوا في درجة ، كالإخوة والأعمام وبنيهم ، استحب أن يزوجها أفضلهم بالفقه أو الورع ، وأسنهم ، برضى الباقين ، لأن هذا أجمع للمصلحة .

ولو تعارضت هذه الخصال ، قدِّم الأفقه ، ثم الأورع ، ثم الأسن .

ولو زوَّج غير الأسن والأفضل برضاها بكفء ، صح ، ولا اعتراض للباقين .

ولو تنازعوا ، وقال كلّ : أنا أزوج ، نظر ، إن تعدد الخاطب ، فالتزويج ممن ترضاه المرأة ، فإن رضيتهما جميعاً ، نظر القاضي في الأصح وأمر بتزويجه ، كذا ذكره البغوي وغيره . وإن اتحد الخاطب ، وتزاحموا على العقد ، أقرع بينهم ، فمن خرجت قرعته ، زوَّجها ، فإن بادر غيره فزوَّجها ، صح على الأصح . وقيل : لا يصح . فعلى هذا ، هل يختص هذا الوجه بما إذا اقترعوا من غير ارتفاع إلى مجلس

(١) في « ط » وإن .

القاضي ، أم يختص بقرعة ينشئها القاضي ؟ فيه تردد للامام . هذا كله إذا أذنت لكل واحد على الانفراد ، أو قالت : أذنتُ في فلان ، فمن شاء من أوليائي فليزوجني به .

ولو قالت : زوجوني ، اشترط اجتماعهم على الأصح .

ولو قالت : رضيت أن أزوَّج أو رضيتُ بفلان زوجاً ، فوجهان . أحدهما : ليس لأحد تزويجها . لأنها لم تأذن لجميعهم إذناً عاماً ، ولا خاطبت واحداً ، فصار كقولها : رضيت أن يباع مالي . وأصحهما : يصح ، ولكل واحد تزويجها ، لأنهم متعينون شرعاً ، والشرط رضاها وقد وجد . فعلى هذا ، لو عيَّنت بعد ذلك واحداً ، ففي انعزال الباقين وجهان . وقطع في « الرقم » بالانعزال ، وقطع البغوي بخلافه .

قلت : الأصح عدم الانعزال ، وغلَّط الشاشي من قال بالانعزال . والله أعلم .

فصل : إذا أذنت لأحد الوليين أن يزوجها بزيد ، وللآخر أن يزوجهابعمرو، وأطلقت الإذن ، وصححناه ، فزوَّج واحدٌ زيداً ، وآخر عمراً ، أو وكل الولي المجبر رجلًا ، فزوجها الولي زيداً ، والوكيل عمراً ، أو وكل كل رجلين ، فزوّج أحدهما زيداً ، والآخر عمراً ، فللمسألة خمس صور .

إحداها : أن يسبق أحد النكاحين ونعلمه ، فهو الصحيح . والثاني باطل ، سواء دخل الثاني ، أم لا ، وإنما يعلم السبق بالبينة أو التصادق .

الثانية : أن يقعا معاً ، فباطلان . ولو اتحد الخاطب ، وأوجب كل واحد من الوليين النكاح له معاً ، صح على الصحيح ، ويتقوَّى كل واحد من الإيجابين بالآخر ، وحكى العبادي عن القاضي وغيره : أنه لا يصح ، لأنه ليس أحدهما أولى بالاعتبار ، فتدافعا .

الثالثة : إذا لم يعلم السبق والمعيَّة ، وأمكنا ، فباطلان ، لأن الأصل عدم الصح ، كذا أطلقه الجمهور ، ونقل الامام وغيره وجهاً : أنه لا بد من إنشاء فسخ ، لاحتمال السبق .

الرابعة : أن يسبق واحد معين ، ثم يخفى ، فيتوقف حتى يبين ، ولا يجوز لواحد منهما الاستمتاع بها ولا لثالث نكاحها ، إلا أن يطلقاها ، أو يموتا ، أو يطلق أحدهما ، أو يموت الآخر .

قلت : ولا بدّ من انقضاء عدتها بعد موت آخرهما . والله أعلم .

وطرد بعضهم في هذه الصورة القولين المذكورين في الصورة الخامسة ، وهو ضعيف .

الخامسة : إذا علم سبق أحدهما ، ولم يعلم عينه ، فباطلان على المنصوص ، وهو المذهب ، كما لو احتمل السبق والمعيّة لتعذر الامضاء . وقيل : قولان ، أحدهما هذا ، والثاني مخرَّج من الجمعين في مثل هذه الصورة : أنه يتوقف كما في الصورة الرابعة . فعلى المذهب ، هل يبطلان بلا فسخ ؟ أم لا بد من إنشاء فسخ ؟ فيه الخلاف السابق في الصورة الثالثة ، فإن شرطنا الانشاء ، ففيمن يفسخ أوجه . أصحها : الحاكم أو المحكَّم إن جوزنا التحكيم . والثاني : للمرأة الفسخ بغير مراجعة الحاكم . والثالث : للزوجين الفسخ أيضاً . وحيث أبطلنا النكاحين ، فلا مهر ، إلاّ أن يوجد دخول ، فيجب مهر المثل . وإذا أبطلنا عند احتمال السبق والمعيَّة ، وفيما إذا سبق أحدهما ولم يعلم ، فهل يبطل ظاهراً وباطناً ، أم ظاهراً فقط ؟ وجهان . فعلى الأول ، لو ظهر وتعين السابق بعدُ ، فلا زوجية . ولو نكحت ثالثاً ، فهي زوجة الثالث . وإن قلنا بالثاني ، فالحم بخلافه .

قلت : ينبغي أن يقال : الأصح : أنه إن جرى فسخ من الحاكم ، انفسخ أيضاً باطناً ، وإلا ، فلا . والله أعلم .

فرع : إذا قلنا بالتوقف ، فمات أحدهما ، وقفنا من تركته ميراث زوجه . ولو ماتت ، وقفنا ميراث زوج بينهما حتى يصطلحا أو يبين الحال ، وفي وجوب نفقتها في مدة التوقف ومدة الحبس قبل الفسخ إذا قلنا به ، وجهان . أحدهما : لا ، لعدم التمكين ، والأصل البراءة . والثاني : نعم ، لصورة العقد وعدم النشوز مع حبسها . والأول أصح عند الامام . وبالثاني قطع ابن كج . فإن أوجبنا ، وزِّعت عليهما . فإن تعين السابق ، رجع الآخر عليه بما أنفق . قال أبو عاصم : ويحتمل أن يقال : إنما يرجع إذا أنفق بغير إذن الحاكم ، وبهذا قطع ابن كج ، وأما المهر ، فلا يطالب به واحد منهما .

فرع : جميع ما سبق ، هو فيما إذا تصادقوا في كيفية جريان العقد . أما إذا تنازعوا ، وادعى كل زوج سبقه ، وأنها زوجته ، فينظر ، إن لم يدّعيا عليها ، لم يعتبر

قولهما ، ولا تسمع دعوى أحدهما على الآخر ، ولا يحلِّف أحدهما الآخر . هكذا قاله الجمهور . وقال الصيدلاني والعبادي في الرقم : يحلفان فلعله يظهر الحق . قال الامام : هذا لا مجال له إن زعما علم المرأة بالحال ، بل تراجع هي . فإن اعترفا بأنها لم تعلم ، فهو محتمل وينقدح في البداءة تخيير القاضي أو الاقراع . فإن حلفا أو نكلا ، فهو كما لو اعترفا بالاشكال . وإن حلف أحدهما ، فقط قضي له . وإن ادعيا على المرأة فذاك ضربان .

أحدهما : أن يدعيا علمها بالسبق . فإن كانت الصيغة : إنها تعلم سبق أحد النكاحين ، لم تسمع الدعوى ، للجهل . وإن قال كل واحد : هي تعلم أن نكاحي سابق ، فقال صاحب « التقريب » والشيخ أبو محمد وغيرهما : يبنى على القولين في إقرار المرأة بالنكاح ، هل يقبل ؟ فإن لم يقبل ، لم تسمع الدعوى ، إذ لا فائدة . وإن قلنا : تقبل وهو الأظهر ، سمعت . وحينئذٍ ، إما أن تُنْكِر ، وإما أن تُقِر .

الحالة الأولى : أن تُنْكِر العِلْم بالسبق ، فتحلف عليه . وهل يكفي لهما يمين واحدة ، أم يجب يمينان ؟ قال البغوي : يمينان . وقال القفال : إن حضرا وادعيا ، حلفت يميناً ، وهو مقتضى كلام ابن كج . وقال الامام : إن حضرا ورضيا بيمين ، كفت . وإن حلفها أحدهما ، ثم حضر الآخر ، فهل له تحليفها ؟ وجهان ، لأن القضية واحدة ، ونفي العلم بالسبق يشملهما . فإذا حلفت كما ينبغي ، فقيل : لا تحالف بين الزوجين ، وقد أفضى الأمر إلى الاشكال ، وضعفه الامام وقال : إنما حلفت على نفي العلم بالسبق ، ولم تنكر جريان أحد العقدين على الصحة ، فيبقى التداعي والتحالف بينهما . والذي أنكرناه ابتداء التحالف من غير ربط الدعوى بها ، وبهذا قطع الغزالي . وإن نكلت هي ، رددنا اليمين عليهما . فإن حلفا أو نكلا ، جاء الاشكال ، وإلا فيقضى للحالف ، وإذا حلفا ونكلا ، فلا شيء لهما عليها . وفي كتاب الحناطي وجه : أنهما إذا حلفا واندفع النكاحان ، فلكل واحد عليها من مهر المثل ، وهو ضعيف .

ويمينها ـ حلفت أو نكلت ـ تكون على البَتّ دون نفي العلم ، ولا حاجة إلى التعرُّض لعلمها .

الحالة الثانية : أن تقرلأحدهما بالسبق ، فيثبت النكاح له . وفي سماع دعوى

الثاني عليها وتحليفها قولان بناءً على أنها لو أقرت للثاني بعد إقرارها للأول هل تغرم للثاني ؟ وفيه القولان السابقان في الاقرار لعمرو بدار أقرّ بها لزيد أولاً . فإن قلنا : تغرم ، سمعت الدعوى وحلفها ، وإلاّ ، فقولان بناءً على أن يمين المدعي بعد نكول المدعى عليه كإقرار المدعى عليه ، أو كبينة يقيمها المدعي ؟ وفيه قولان . أظهرهما : كالإقرار . فعلى هذا ، لا تسمع دعواها ، لأن غايتها أن تقر أو يحلف هو بعد نكولها ، وهو كإقرارها ، ولا فائدة فيه على هذا القول . وإن قلنا : كالبينة ، فله أن يدعي ويحلفها . فإن حلفت ، سقطت دعواه . وإن نكل ، ردت اليمين عليه . فإن نكل ، فكذلك . وإن حلف ، بني على أن اليمين المردودة كالإقرار ، أم كالبينة ؟ إن قلنا : كالإقرار ، فوجهان . أحدهما : يندفع النكاحان ، لتساويهما في أن مع كل واحد إقراراً . وحكي هذا عن نصه في القديم . وأصحهما : استدامة النكاح للأول ، ولا يرتفع بنكولها المحتمل للتورع ، فيصير كما لو أقرت للأول ، ثم للثاني . وإن قلنا : كالبينة . فقيل : يحكم بالنكاح للثاني ، لأن البينة تقدم على الاقرار . وبهذا قطع في « المهذب » . وقال الصيدلاني وآخرون : الصحيح استدامة النكاح للأول ، لأن اليمين المردودة إنما تجعل كالبينة في حق الحالف والناكل ، لا في حق غيرهما .

وإذا اختصرت قلت : هل يندفع النكاحان ، أم تسلَّم للأول ، أم للثاني ؟ فيه أوجه . إن سلمت للأول ، غرمت للثاني ، وحيث تغرم ، نغرِّمها ما يغرم شهود الطلاق إذا رجعوا ؟ وفيه خلاف سيأتي إن شاء الله تعالى .

فرع : لو كانت خرساء ، أو خرست بعد التزويج ، فأقرت بالاشارة بسبق أحدهما ، لزمها الاقرار ، وإلا ، فلا يمين عليها ، والحال حال الاشكال ، حكي هذا عن نصه .

فرع : حلفت لأحدهما : لا تعلم سبقه ، لا تكون مقرة للآخر ، ولو قالت لأحدهما : لم يسبق ، كانت مقرة للآخر ، كذا قاله الامام والبغوي . والمراد إذا جرى ذلك بعد إقرارها بسبق أحدهما ، وإلا ، فيجوز أن يقعا معاً ، فلا تكون مقرة بسبق الآخر .

الضرب الثاني : أن يدّعيا عليها زوجيَّة مطلقة ، ولا يتعرضا لسبق ، ولا لعلمها

به ، فهذا يبنى على أن دعوى النكاح هل يشترط فيها التفصيل وذكر الشروط ؟ وبيانه في « كتاب الدعوى والبينات » . فإن سمعنا دعوى النكاح مطلقة ، أو فصّلا القدر المحتاج إليه ، ولم يتعرضا للسبق ، لزمها الجواب الحازم ، ولا يكفيها نفي العلم بالسابق ، لكنها إذا لم تعلم ، فلها الجواب الجازم والحلف أنها ليست زوجته ، وهذا كما إذا ادعى على رجل أن أباه أتلف كذا ، وطلب غرمه من التركة ، حلف الوارث أنه لا يعلم أن أباه أتلف .

ولو ادعى أنّ عليه تسليم كذا من التركة ، حلف أنه لا يلزمه التسليم . وعدم العلم يجوز له الحلف الجازم .

فرع : هذا كله إذا كانت الدعوى على المرأة . فإن ادَّعيا على الولي ، فإن لم يكن مجبراً ، لم تسمع الدعوى ، لأن إقراره لا يقبل . وإن كان مجبراً ، فوجهان . أحدهما : كذلك ، لأنه كالوكيل . وأصحهما : تسمع ، لأن إقراره مقبول ، ومن قُبِل إقراره ، توجهت عليه الدعوى واليمين ، فعلى هذا إن كانت صغيرة ، حلف الأب . وإن كانت كبيرة ، فوجهان . أحدهما : لا يحلف للقدرة على تحليفها . وأصحهما : يحلف . ثم إن حلف الأب ، فللمدعي أن يحلِّف البنت أيضاً . فإن نكلت ، حلف اليمين المردودة ، وثبت نكاحه . وفي « التهذيب » : أن المرأة إذا كانت بالغة ، بكراً أو ثيباً ، فالدعوى عليها .

الباب الخامس في المولى عليه

الأسباب المقتضبة لنصب الولي خمسة : الصغر ، والأنوثة ، والجنون ، والسفه ، والرق ، وقد سبق حكم الأوّلَين .

السبب الثالث : الجنون . فإن كان المجنون كبيراً ، لم يزوَّج لغير حاجة ، ويزوج للحاجة[1] ، وذلك بأن تظهر رغبته فيهن بدورانه حولهن وتعلقه بهن ونحو ذلك . أو بأن يحتاج إلى من يخدمه ويتعهده ، ولا يجد في محارمه من يحصل هذا ، وتكون مؤنة النكاح أخف من ثمن جارية ، أو بأن يتوقع شفاؤه بالنكاح . وإذا جاز تزويجه ،

---

(١) أي حاجة النكاح .

تولاه الأب ، ثم الجد ، ثم السلطان ، دون سائر العصبات ، كولاية المال . وإن كان المجنون صغيراً ، لم يصح تزويجه على الصحيح . وقيل : يزوجه الأب أو الجد ، وطرد الشيخ أبو محمد الوجهين في الصغير العاقل الممسوح .

ومتى جاز تزويج المجنون ، لم يزوج إلّا امرأة واحدة[١] ، والمخبل كالمجنون في النكاح ، وهو الذي في عقله خلل ، وفي أعضائه استرخاء ، ولا حاجة به إلى النكاح غالباً . ويجوز أن يزوِّج الصغير العاقل أربعاً على الأصح . وقيل : لا يجوز أن يزيد على واحدة .

قلت : وفي « الابانة » وجه : أنه لا يجوز تزويجه أصلاً ، وزعم أنه الأصح ، وهو غلط .

ثم إنما يزوج الصغيرَ العاقلَ الأبُ والجدُّ ، ولا يصح تزويج الوصي[٢] والقاضي ، لعدم الحاجة وانتفاء كمال الشفقة ، هذا هو الصواب الذي [نص][٣] عليه في البويطي ، وصرح به الجمهور . وقال في « البيان » : يجوز للوصي والحاكم كالأب ، وليس بشيء . والله أعلم .

فرع : في المجنونة أوجه . الصحيح : أن الأب ـ والجد عند عدمه ـ يزوِّجانها ، سواء كانت صغيرة أو كبيرة ، بكراً أم ثيباً . والثاني : لا يستقلان بتزويج الكبيرة الثيب ، بل يشترط إذن السلطان بدلاً عن إذنها . والثالث : لا يزوِّج الثيبُ الصغيرة كما لو كانت عاقلة ، والفرق على الصحيح أن البلوغ غاية تنتظر .

ثم لا يشترط في تزويجها ظهور الحاجة[٤] ، بل يكفي ظهور المصلحة ، بخلاف المجنون ، لأن نكاحها يفيد المهر والنفقة ، ويغرَّم المجنون .

وسواء[٥] التي بلغت مجنونة ، ومن بلغت عاقلة ثم جُنّت ، بناءً على أن من بلغ

---

(١) لاندفاع الحاجة بها ، فإن لم تعفه المرأة الواحدة زيد ما يحصل به الاعفاف كما قاله الإسنوي .

(٢) قال البلقيني : ويعضده نص الأم ، لكن في الشامل في الوصايا ما يقتضي أنه يزوجه .

(٣) سقط في « ط » .

(٤) قطعاً .

(٥) في جواز التزويج .

عاقلاً ثم جُنَّ ، فولاية ماله لأبيه ، وهو الأصح . وإن قلنا : إنها للسلطان[1] ، فكذا التزويج .

وأما المجنونة التي لا أب لها ولا جد ، فإن كانت صغيرة ، لم تزوج ، إذ لا إجبار لغير الأب والجد ، ولا حاجة لها في الحال . وإن كانت بالغة ، ففيمن يزوجها وجهان . أحدهما : القريب كالأخ والعم ، لكن لا ينفرد به ، بل يشترط إذن السلطان مقام إذنها . فإن امتنع القريب ، زوجها السلطان كما لو عضلها . وأصحهما : يزوجها السلطان كما يلي مالها ، لكن يراجع أقاربها ، لأنهم أعرف بمصلحتها وتطييباً لقلوبهم ، وهذه المراجعة واجبة ، أم مستحبة ؟ وجهان . صحح البغوي الوجوب ، وضعفه الامام . فإن أوجبنا المشاورة ، فلم يشيروا بشيء ، استقلَّ السلطان . ويجري الوجهان في وجوب المشاورة في تزويج المجنون . ثم من ولي نكاحها من السلطان أو القريب ، يزوج عند ظهور الحاجة بأن تظهر علامات غلبة شهوتها ، أو يقول أهل الطب : يرجى بتزويجها الشفاء .

أما إذا لم تظهر ، وأراد التزويج لكفاية النفقة ، أو لمصلحة أُخرى ، فهل يجوز كما يجوز للأب بمجرد المصلحة ؟ أم لا لأن تزويجها يقع إجباراً وليس هو لغير الأب والجد ؟ فيه وجهان . أصحهما : الثاني . قال الامام : واتفق الأصحاب على الاكتفاء بالمصلحة في تزويج الأب والجد .

فرع : البالغ المنقطع جنونه ، لا يصح تزويجه حتى يفيق فيأذن ، ويشترط وقوع العقد في حال إفاقته . فلو عاد الجنون قبل العقد ، بطل الإذن ، كما تبطل الوكالة بالجنون ، وهكذا الثيب المنقطع جنونها . وأما المغلوب على عقله بمرض ، فتنتظر إفاقته ، فإن لم تتوقع إفاقته ، فكالمجنون .

السبب الرابع : السفه . فالمحجور عليه لسفه[2] ، لا يستقل بالتزوج[3] ، بل يراجع الولي ليأذن أو يزوجه . فإن أذن له الولي فتزوج ، جاز على الصحيح ،

---

(١) وهو الأصح المنصوص .
(٢) بأن بذر في ماله أو حكما كمن بلغ سفيهاً ولم يحجر عليه وهو السفيه المهمل .
(٣) لئلا يفني ماله في مؤن النكاح .

وعن أبي الطيب بن سلمة وغيره : أنه لا يجوز كالصبي .

فعلى الصحيح ، إن عين له امرأة ، لم يصح نكاح غيرها[١] ، ولينكحها بمهر المثل أو أقل . فحكى ابن القطان قولاً مخرجاً : إن النكاح باطل . والمشهور صحته ، لأن خلل الصداق لا يفسد النكاح . فعلى هذا ، تبطل الزيادة ، ويجب مهر المثل . وقال ابن الصباغ : القياس بطلان المسمى ووجوب مهر المثل .

والفرق أن على التقدير الأول تستحق مهر المثل من المعيَّن ، وعلى قوله يجب مهر المثل في الذمة .

وإن قال له الولي : انكح امرأة من بني فلان ، فلينكح واحدة منهن بمهر المثل . ولو قدَّر المهر ، ولم يعيّن المرأة ، فقال : انكح بألف ، فلينكح امرأة بألف . فإن كان مهر مثلها ألفاً فأكثر ، فالنكاح صحيح بالمسمى . وإن كان أقل ، صح النكاح بمهر المثل ، وسقطت الزيادة . وإن نكح بألفين ، فإن كان مهر مثلها أكثر من ألف ، لم يصح النكاح ، لأن الولي لم يأذن في أكثر من ألف . وفي الرد إلى ألف إضرار بها . وإن كان مهر مثلها ألفاً أو أقل ، صح النكاح بمهر المثل ، وسقطت الزيادة .

وعن تخريج ابن خيران وابن القطان ، أنه متى زاد على ما أذن به الولي ، بطل النكاح بكل حال .

ولو جمع الولي في الإذن بين تعيين المرأة وتقدير المهر ، فقال : انكحْ فلانة بألف ، فإن كان مهر مثلها دون الألف ، فالإذن باطل . وإن كان ألفاً ، فنكحها بألف أو أقل ، صح النكاح بالمسمى . وإن زاد ، سقطت الزيادة . وإن كان مهر مثلها أكثر من ألف ، فإن نكح بألف ، صح النكاح بالمسمى ، وإن زاد ، لم يصح النكاح ، هكذا ذكره البغوي .

أما إذا أطلق الولي الإذن ، فقال : تزوَّجْ ، فوجهان . أحدهما : وهو محكي عن أبوي علي : ابن خيران ، والطبري . وعن الداركي ، أنه يلغو الإذن ، ولا بد من

---

(١) لأن الاذن مقصور عليها فلا ينكح غيرها وإن ساوتها في المهر أو نقصت عنها .
قال ابن أبي الدم : وينبغي حمله على ما إذا لحقه مغارم فيها .

تعيين امرأة ، أو قبيلة ، أو مهر . وأصحهما : يكفي الاطلاق كالعبد . فعلى هذا ، لو تزوج بأكثر من مهر المثل ، صح النكاح ، وسقطت الزيادة . وإن تزوج بمهر المثل أو أقل ، صح النكاح بالمسمى . لكن لو نكح شريفة يستغرق مهر مثلها ماله ، فوجهان حكاهما ابن كج . اختيار الامام وبه قطع الغزالي[١] : أنه لا يصح النكاح ، بل يتقيد بموافقة المصلحة . ذكر ابن كج تفريعاً على اعتبار الإذن المطلق وجهين فيما لو عين الولي امرأة فعدل السفيه إلى غيرها فنكحها بمثل مهر المعينة ، لأنه لا غرض للولي في أعيان الزوجات .

فرع : قال : انكحْ مَن شِئتَ بما شِئتَ ، ذكر بعضهم أنه يبطل الاذن ، لأنه رفع الحجر بالكلية .

فرع : قال ابن كج : الاذن للسفيه في النكاح ، لا يفيده جواز التوكيل ، لأنه لم يرفع الحجر .

فرع : أما إذا قبل الولي النكاح للسفيه ، ففي اشتراط إذن السفيه وجهان . أحدهما : لا ، لأنه فوض إليه رعاية مصلحته . فإذا عرف حاجته ، زوّجه كما يكسوه ويطعمه . وبهذا قال الشيخ أبو حامد والعراقيون : وأصحهما : نعم ، لأنه حر مكلف[٢] .

وقد نص الشافعي رحمه الله في « المختصر » : أن السفيه يزوجه وليه ، فربما استأنس به الأوَّلون ، وحمله الآخرون على أصل التزويج ، ثم يراعى شرطه ، ونقل الربيع : أنه لا يزوجه وليه ، واتفقوا على أنه ليس اختلاف قول ، بل حمل قوم رواية الربيع على القيِّم الذي لم يأذن له الحاكم في التزويج ، وبعضهم على ما إذا لم

---

(١) وهل للولي تزويج صغير أو مجنون وامرأة شريفة يستغرق مهرها بماله ، قال في المهمات في أوائل الصداق : والقياس أن يأتي فيه هذا الخلاف وقال الخطيب : وما ذكره من القياس متجه كما قال ابن شهبة في المجنون لاستوائه مع السفيه لأن كلًّا منهما يزوج للحاجة والحاجة تندفع بدون الشريفة . وأما الصغير العاقل لغير متجه فيه فإنه يزوج بالمصلحة ، ولهذا يزوج ثلاث وأربع ولا يجوز ذلك في السفيه والمجنون فحيث رأى الولي المصلحة في تزويجه الشريفة فينبغي جوازه لحصول المصلحة بذلك له .

(٢) فلا بد من إذنه .

يحتج السفيه إلى النكاح . ثم إذا قبل له الولي النكاح ، فليقبل بمهر المثل أو أقل ، فإن زاد ، كان كما لو قبل الأب لابنه بأكثر من مهر المثل . ففي قول : يبطل النكاح . والأظهر : أنه يصح بمهر المثل .

فرع : لو نكح السفيه بغير إذن الولي[١] ، فنكاحه باطل[٢] ، ويفرّق بينهما[٣] . فإن كان دخل بها ، فلا حدّ ، للشبهة .

وفي المهر أوجه . أصحها : لا يجب ، كما لو اشترى شيئاً فأتلفه . وفيه إشكال من جهة أن المهر حق المرأة ، وقد تُزوِّج ولا علم لها بحال الزوج . والثاني : يجب مهر المثل . والثالث : يجب أقل ما يتمول .

قلت : وإذا لم نوجب شيئاً ، ففك الحجر ، فلا شيء عليه على المذهب ، كالصبي إذا وطىء ثم بلغ . وحكى الشاشي فيه وجهين . والله أعلم .

فرع : قال الأكثرون : يشترط في نكاح السفيه حاجته إليه ، وإلاّ ، فهو اتلاف ماله بلا فائدة ، وبنوا على هذا أنه لا يزوِّجه إلاّ واحدة كالمجنون . قالوا : والحاجة بأن تغلب شهوته ، أو احتاج إلى من يخدمه ولم تقم محرم بخدمته ، وكانت مؤن الزوجة أخف من ثمن جارية ومؤنها ، ولم يكتفوا في الحاجة بقول السفيه ، لأنه قد يقصد إتلاف المال ، بل اعتبروا ظهور الأمارات الدالة على غلبة الشهوة . وحكى الإمام وجهاً أنه يجوز تزويجه بالمصلحة كالصبي ، ولم يعتبر الامام والغزالي ظهور أمارات الشهوة ، واكتفيا فيها بقول السفيه .

فرع : إذا طلب السفيه النكاح مع ظهور أمارة الحاجة إن اعتبرناه ، أو دونه إن لم نعتبره ، وجب على الولي إجابته . فإن امتنع فتزوج السفيه بنفسه ، فقد أطلق الأصحاب في صحة النكاح وجهين . أصحهما عند المتولي : لا يصح . وقال الامام والغزالي : إذا امتنع الولي ، فليراجع السفيه السلطان كالمرأة المعضولة . فإن خفت

---

(١) أو الحاكم عند امتناع الولي لغير مصلحة .

(٢) كما لو عضله الوليّ وتعذرت مراجعة السلطان كما في البيع ونحوه .

(٣) ومحله كما قال ابن الرفعة : إذا لم ينته إلى خوف العنت وإلا فيصح نكاحه وهو أولى من المرأة في المفازة لا تجد ولياً .

الحاجة ، وتعذَّرت مراجعة السلطان ، ففي استقلال السفيه حينئذٍ الوجهان .

فرع : يصح طلاق المحجور عليه ، فإن كان مِطلاقاً ، سُرِّي بجارية .

فرع : الكلام فيمن يلي أمر السفيه ، سبق في « الحجر » . وذكر أبو الفرج الزاز : أنه إن بلغ رشيداً ، ثم طرأ السفه ، فنكاحه متعلق بالسلطان . وإن بلغ سفيهاً ، فهل يفوض إلى السلطان ، أم إلى الأب والجد ؟ وجهان . وأطلق ابن كج أنه يزوجه القاضي ، وأنه إن جعله في حجر إنسان ، زوّجه الذي هو في حجره . وقال الامام : إن فوض إلى القيم التزويج ، زوَّج ، وإلا ، فلا .

قلت : الأصح أنه إن كان له أب أو جد ، فالتزويج إليه ، وإلا ، فلا يجوز أن يزوِّجه إلّا القاضي ومن فوض إليه القاضي تزويجه . وممن صرح بهذا التفصيل وجزم به الشيخ أبو محمد في « شرح المختصر » . والله أعلم .

فرع : قال البغوي : إقرار السفيه بالنكاح لا يصح ، لأنه ليس ممن يباشره ، وهذا قد يشكل بإقرار المرأة .

فرع : للمحجور عليه بفلس النكاحُ ، وتكون مؤنةُ في كسبه ، لا فيما في يده .

السبب الخامس : الرق . فنكاح العبد بغير إذن سيده باطل[1] ، وبإذنه صحيح ، سواء كان سيده رجلًا أو امرأة . ويجوز إذن سيده في امرأة معينة ، أو واحدة من القبيلة ، أو البلدة ويجوز مطلقاً . وإذا قيد ، فعدل العبد عن المأذون فيه ، لم يصح نكاحه . وحكى الحناطي وجهاً أنه إن كان قدّر مهراً ، فنكح غير المعينة به ، أو

---

(١) لعموم قوله ﷺ « أي مملوك تزوج بغير إذن سيده فهو عاهر » أخرجه الترمذي وحسنه الحاكم وصححه . قال الشافعي في الأم : ولا أعلم أحداً لقيته ولا حكي لي عنه من أهل العلم اختلافاً في أنه لا يجوز نكاح العبد إلا بإذن مالكه ولا ينافي قوله لا أعلم ما حكاه الرافعي عن أبي حنيفة من أن نكاحه موقوف على إجازة السيد ، وعن مالك أنه يصح وللسيد فسخه لأنه لم يبلغه ذلك .
تنبيه : قول المصنف باطل يقتضي أنه إذا وطيء لا يلزمه شيء كالسفيه وليس مراداً كما توهمه بعض الشارحين بل يلزمه مهر المثل في ذمته واستثنى الأذرعي من إطلاق المصنف ما لو استأذن سيده فمنعه فرفعه إلى حاكم يرى إجبار السيد فأمره به فامتنع وأذن له الحاكم أو زوجه فإنه يصح كما لو عضل الولي .

بأقل ، صح ، والصحيح الأول . وإذا أطلق الاذن ، فله نكاح حرة أو أمة ، وفي تلك البلدة أو غيرها ، وللسيد منعه من الخروج إلى البلدة الأُخرى .

ولو قدر مهراً ، فزاد ، فالزيادة في ذمته ، يطلب بها إذا عتق .

ولو نكح بالمقدر امرأة مهرها أقل ، فقد ذكر الحناطي فيه ثلاثة احتمالات . أصحها : صحة النكاح ، ووجوب المسمى في الحال . والثاني : أن الزيادة على مهر مثلها ، يطلب بها إذا عتق . والثالث : بطلان النكاح .

ولو رجع عن الاذن ولم يعلم بـه العبد حتى نكـح ، فهو على الخـلاف في الوكيل ، كذا ذكره ابن كج . ولو طلق العبد بعدما نكح بإذن سيده ، لم ينكح أُخرى إلا بإذن جديد .

ولو نكحها نكاحاً فاسداً ، فهل له نكاح أُخرى ؟ فيه خلاف مبني على أن الاذن يتناول الفاسد ، أم يختص بالصحيح ، ولهذا أصل سيأتي إن شاء الله تعالى .

فصل : هل للسيد إجبار العبد البالغ على النكاح ؟ قولان . القديم : نعم . والجديد : لا . فإن كان صغيراً ، فالأصح أنه كالكبير . وقيل : يجبر قطعاً ، واختاره ابن كج . والكبير المجنون كالصغير ، فإن جوزنا الاجبار ، فللسيد أن يقبل النكاح للبالغ ، وله أن يكرهه على القبول ، ويصح ، لأنه إكراه بحق ، كذا قاله البغوي . وقال المتولي : لا يصح قبوله كرهاً ، ويقبل إقرار السيد على العبد بالنكاح كإقرار الأب على بنته .

ويجوز أن يجوز أمته بعبده الصغير والكبير ، ولا يجب مهر .

وفي استحباب ذكره قولان . الجديد : استحبابه . وإذا طلب العبد النكاح ، فليجبه السيد ، ولا تجب الاجابة على الأظهر . فإن أوجبنا ، فامتنع سيده ، زوَّجه السلطان كالمعضولة . ولو نكح بنفسه ، قال الامام : هو كما لو طلب السفيه وامتنع الولي فنكح بنفسه . والمدبَّـر والمعلق عتقه كـالقن . ومن بعضه حـر لا يجبر ولا يستقل ، وفي وجوب إجابته الخلاف . والمكاتب لا يستقل ، ولا يجبره السيد . ولو نكح بإذن السيد ، صح على المذهب . وقيل : قولان كتبرعه . فإن صححنا ، ففي وجوب إجابته الخلاف كالقن ، وأولى بالوجوب . والعبد المشترك ، هـل لسيديـه

إجباره وعليهما إجابته ؟ فيه الخلاف المذكور في الطرفين . ولو دعاه أحدهما إلى النكاح ، وامتنع الآخر أو العبد ، فلا إجبار . ولو طلب أحدهما مع العبد ، وامتنع الآخر ، فعن الشيخ أبي حامد : أنه كالمكاتب . وقال ابن الصباغ : لا تؤثر موافقة الآخر .

فرع : له إجبار أمته على النكاح ، سواء الصغيرة والكبيرة ، والبكر والثيب ، والعاقلة والمجنونة[1] . وإن طلبته ، لم يلزمه إجابتها إن كانت ممن يحل له وطؤها ، وكذا إن لم يحل على الأصح ، كالأخت . ولو ملك أختين فوطىء إحداهما ، لم يجبر على تزويج الأخرى قطعاً ، لأن تحريمها عليه لعارض .
والمدبرة والمعلق عتقها كالقنة ، وكذا أم الولد على الصحيح . ومن بعضها حر ، لا تُجبَر ، ولا يجبر سيدها أيضاً على الأصح . والمكاتبة لا تجبر ، ولا تنكح دون إذنه . وفي وجوب إجابتها وجهان .

قلت : الأصح لا تجب . والله أعلم .

وفي وجه : لا تزوج أصلاً ، لاختلال ملك المولى ، وعدم استقلالها .

فرع : لا يزوج السيد أمة مكاتبه ولا عبدُه ، ولا يزوجها المكاتب بغير إذن سيده ، وبإذنه قولان كتبرعه[2] .

فرع : إذا كان لعبده المأذون له في التجارة أمة ، فإن لم يكن على العبد دين ، جاز للسيد تزويجها بغير إذن العبد على الأصح . وقيل : لا ، إلاّ أن يعد الحجر عليه ، لاحتمال أن يحدث دين ولا يفي ما في يده به . وإن كان عليه دين ، وزوَّجها بإذن العبد والغرماء ، صح . وإن زوَّج بإذنه دونهم ، أو بإذنهم دونه ، لم

---

(١) محل الإجبار ممن لا عيب فيه كما ذكره الشيخ في باب الغرور ، ونص عليه الشافعي رضي الله عنه في الأم فقال : ليس له إجبارها على النكاح بمعيب بجذام أو برص أو جنون وقال في البسيط لم يختلفوا فيه وإنها لو زوجت به بغير رضاها لم يصح .
قال ابن الرفعة : وفي تعليل الإجبار في الأمة ما يفهم خلافه .

(٢) ذكر الشيخ بعد هذا تعليل ما نصه : قال المتولي : للمكاتب تزويج امته إن قلنا بالملك وإلا فلا ، وقال الشيخ أيضاً في باب الكتابة أن المكاتب لا يزوج عبده لما فيه من المؤن يعني بغير إذن السيد ويخرج من هذين الكلامين التفصيل بين العبد والأمة .

يصح على الأصح . وبيع السيد ووطؤه وهبته هذه الجارية ، كتزويجها في حالتي قيام الدَّين وعدمه . وإذا وطىء بغير إذن الغرماء ، فهل عليه المهر ؟ وجهان .

قلت : لعل أصحهما الوجوب ، لأن مهرها مما يتعلق به حق الغرماء ، بخلاف وطئه المرهونة(١) . والله أعلم .

فإن أحبلها ، فالولد حر ، والجارية أم ولدٍ إن كان موسراً . وإن كان معسراً ، لم تصر أم ولد ، بل تباع في الدين . فإن ملكها بعدُ ، فالحكم كما سبق في المرهونة ، وكذا الحكم في استيلاد الجارية الجانية في استيلاد الوارث جارية التركة إذا كان على المورث دين . وإذا لم نحكم باستيلاد في الحال ، وجب قيمة ولد جارية العبد المأذون ، وجارية التركة ، ولا يجب في ولد الجانية والمرهونة ، لأن حق المجني عليه والمرتهن لا يتعلق بالولد .

ولو أعتق عبد المأذون ، وعلى المأذون دين ، أو أعتق الوارث عبد التركة ، وعلى المورث دين ، قال البغوي : قيل في نفوذ العتق قولان ، كإعتاق المرهون والمذهب : أنه إن كان معسراً ، لم ينفذ . وإن كان موسراً ، نفذ كالاستيلاد ، وعليه أقل الأمرين من الدين وقيمة العبد ، كإعتاق العبد الجاني .

فرع : تزويج من تعلق برقبتها مال ، لا يجوز بغير إذن المجني عليه إن كان السيد معسراً . وإن كان موسراً ، جاز على أحد الوجهين ، وكان اختياراً للفداء .

قلت : الجواز أصح . والله أعلم .

فرع : تزويج السيد أمته ، هل هو بالملك ، أم بالولاية ؟ وجهان . أصحهما : بالملك . ويتفرع عليهما صور .

منها : إذا سلبنا الفاسق الولاية ، زوّجها إن قلنا بالملك ، وإلاّ ، فلا .

---

(١) قال في المهمات : جزم في معاملة العبيد بعدم تعلق حق الغرماء بالمهر والذي ذكره الشيخ من زيادته في معاملة العبيد ما نصه .

قال في التهذيب : لو جنى على المأذون أو كانت أمة فوطئت بشبهة لا تقضى ديون التجارة من الأرش والمهر والفرق بين المسألتين أعني المذكورتين هنا، وفي باب معاملة العبيد أن الغرماء يتعلق حقهم بما في يد المأذون ولا يتعلق برقبته ومهر نفس المأذونة من منافع الرقبة ومهر جارية المأذون من منافع المال الذي في يده وحق الغرماء يتعلق به فافترقا فلا تناقض .

ومنها : إذا كان لمسلم أمة كتابية ، فله تزويجها على المذهب ، وهو المنصوص ، وإنما يتصور تزويجه إياها بعبد أو حرٍّ كتابي إذا حلَّلناها لهما .

ومنها : إذا كان للكافر أمة مسلمة ، أو أُم ولد ، قال ابن الحداد : يزوِّجها بالملك ، والأصح المنع .

ولو كان لمسلم أمة مجوسية أو ذمية ، فهل له تزويجها ؟ وجهان . صحح الشيخ أبو علي الجواز ، وقطع البغوي بالمنع . وما ذكرناه من الخلاف في أن تزويج الأمة بالملك ، أم بالولاية ، لا يجري في تزويج العبد إلا إذا قلنا : للسيد إجباره . فلو كان للكافر عبد مسلم ، ورأينا الاجبار ، ففي إجباره إياه الخلاف في كونه يزوج أمته المسلمة . وإن لم نر الاجبار ، لم يستقل العبد ، ولكن يأذن له السيد ليسقط حقه فيستقل العبد حينئذٍ كما تأذن المرأة لعبدها فيتزوج وإن كانت ليست أهلاً للتزويج .

ومنها : قال المتولي : للمكاتب تزويج أمته إن قلنا بالملك ، وإلا ، فلا .

فصل : عبد الصبي والمجنون والسفيه ، لا يزوِّجه وليهم على الصحيح . وقيل : يجوز ، فقد تقتضيه مصلحة .

ولو طلب عبدهم التزويج ، فإن لم نجبر السيد الرشيد ، لم يجز لوليهم الاجابة . وإن أجبرناه ، فعلى وليهم الاجابة .

وأما أُمة الصبي والمجنون والسفيه ، فيجوز لوليهم تزويجها على الأصح إذا ظهرت الغبطة . وقيل : لا . وقيل : تزوج أمة الصبية دون الصبي ، فقد يحتاج إليها إذا بلغ . فإن جوزنا[1] ، قال الامام : يجوز تزويج أمة الثيب الصغيرة وإن لم يجز تزويجها ، ولا يجوز للأب تزويج أمة البكر البالغة قهراً[2] وإن كان يقهرها . وفيمن يزوج أمة الصغير والمجنون وجهان . أحدهما : ولي ماله نسيباً كان أو وصيّاً أو قيماً كسائر التصرفات . وأصحهما : أنه ولي النكاح الذي يلي المال . وعلى هذا ، غير

---

(١) أي تزويج أمة المحجور .

(٢) سقط في « ط » .

الأب والجد لا يزوج أمة الصغير والصغيرة ، والأب لا يزوج أمة الثيب الصغيرة ، فإن كانت مجنونة ، وإن كانت لسفيه ، فلا فائدة من إذنه[١] .

فرع : أمة المرأة ، إن كانت مالكتها محجوراً عليها ، فقد سبق بيانها ، وإلا ، فيزوجها ولي المرأة تبعاً لولايته عليها ، وسواء الولي بالنسب وغيره ، والأمة العاقلة والمجنونة ، الصغيرة والكبيرة ، ولا حاجة إلى إذن الأمة ، ويشترط إذن مالكتها نطقاً وإن كانت بكراً ، إذ لا تستحي[٢] .

فصل : أعتق في مرضه أمة ، قال ابن الحداد : لا يجوز لوليها الحر كالأب والأخ تزويجها حتى يبرأ أو يموت ، وتخرج من ثُلثه ، لأنها تعتق كلها على هذين التقديرين ، ووافقه على هذا جماعة ، منهم ابن كج وقال ابن سريج وأبو زيد والأكثرون : يجوز لوليها تزويجها ، لأنها حرة في الظاهر ، فعلى هذا النكاحُ صحيح ظاهراً . فإن تحققنا بعد ذلك نفوذ العتق ، تحققنا مضي النكاح على الصحة ، وإلا ، فإن ردَّ الورثة أو أجازوا ، وقلنا : الاجازة عطية منهم ، بان فساد النكاح ، وإلا ، بان صحته .

ثم إن لم يكن للمعتق مال سواها ، فالمسألة على ما ذكرنا . وإن كان له مال يفي ثلثه بقيمتها ، فمقتضى كلام ابن الحداد وجماهير الناقلين ، أنه كذلك . قال الامام : ويجوز أن يقال : على مقتضى قول ابن الحداد النكاح ها هنا محمول على الصحة ، ويجوز خلافه ، لضعف ملك المريض . قال الشيخ أبو علي : ومفهوم كلام ابن الحداد أنه إذا لم يكن لها ولي غير السيد ، فزوَّجها ، صح ، لأنها إن لم تخرج من الثلث ، فهو ولي ما عتق بالولاء ، ومالك ما لم يعتق . فإن زوَّجها السيد ، ولها ولي مناسب ، إن كان بإذنه ، صح قطعاً ، وإلا ، فلا قطعاً .

---

(١) قال في المهمات : اضطرب كلامه في تزويج أمة الثيب الصغيرة فنقل عن الإمام من غير اعتراض عليه أنه يجوز ثم فرع على الأصح أنه لا يجوز ولا تناقض في كلام الرافعي فإنه بعد حكايته كلام الإمام . قال : وهذا يوافق وجهاً في أن ولي الإمام يزوج أمة الصغير والمجنون والأظهر أن الذي يزوجها ولي النكاح الذي يلي المال ثم فرع عليه أنه لا يزوجها فصرح بأن كلام الإمام مفرع على وجهٍ ضعيف .

(٢) قال الأذرعي : هذا في الناطقة ، فإن كانت خرساء مفهمة كفت إشارتها ، والظاهر أنه إذا زوج امة العاقلة الرشيدة بإذنها على المشهور كان له تزويج أمة الصغيرة والمجنونة وغيرها بلا إذن لأنه تصرف لها في مالها على وجه النظر لها كما أسلفناه .

الباب السادس في موانع نكاحها

قد سبق في الركن الثاني من الباب الثالث ، الاشارة إلى بيان الموانع . ومنها ما نتكلم في إيضاحه في غير الباب ، ككونها ملاعنة ، ومعظمها نبسط الكلام فيه هنا إن شاء الله تعالى ، ويجمعها أربعة أجناس .

الأول[١] : المحرمية ، وهي الوصلة المحرِّمة للنكاح أبداً ، ولها ثلاثة أسباب : القرابة ، والرضاع ، والمصاهرة .

السبب الأول : القرابة ، ويحرم منها سبع : الأمهات ، والبنات ، والأخوات ، والعمّات ، والخالات ، وبنات الأخ ، وبنات الأخت[٢] ، ولا تحرم بنات الأعمام والعمات والأخوال والخالات ، قربْن أم بعدن ، والمراد بالأم : كل أنثى ولدتك ، أو ولدت من ولدك ، ذكراً كان أو أنثى ، بواسطة أم بغيرها[٣] . وإن شئت قلت : كل أنثى ينتهي إليها نسبك بالولادة بواسطة أم بغيرها . وبنتك : كل أنثى ولدتها ، أو ولدت من ولدها ، ذكراً كان أو أنثى ، بواسطة أم بغيرها . وإن شئت قلت : كل أنثى ينتهي إليك نسبها بالولادة ، بواسطة أم بغيرها . وأختك : كل أنثى

---

(١) في « ط » الجنس الأول .

(٢) قال الشيخ البلقيني : إذا أقر الأب بنسب زوجة ابنه وهي مجهولة النسب زوجها الحاكم ففي فتاوى القاضي حسين في مسائل لحوق النسب بعد مسائل الاقرار أنه أجاب بأن النكاح لا يبطل وكذا أجاب الشيخ العبادي ، وحكي عن المزني أنه ذكر في المنثور هذه المسألة حكاية عن الشافعي .
قال المزني : وفيه وحشة ، وذكر في كره أنه إذا أقر بنسب زوجة ابنه ينفسخ النكاح وطول بعد ذلك في مسائل أخرى فلتطلب منه .

(٣) قال الأذرعي : هل ثبوت التحريم لشمول الاسم لهن أو للإلحاق لمشاركتهن في المعنى وهو الولادة فيه وجهان يجزمان في بنات البنين وبنات البنات وإن سفلن ، وكذا في بقية المحرمات إذا طلعن درجة أو نزلنها كعمة الأب والأم وخالة الأب والأم وبنت ولد الأخ أو الأخت . قاله الماوردي فعلى الأول يكون ما فسر به الشيخ المصنف حقيقة وعلى الثاني يكون مجازاً وقد قال الشافعي ان كلًا تسمى أماً فيجوز أن يريد الحقيقة ، ويحتمل أن يريد أعم من ذلك .
ثم قال : قال ابن الرفعة : ويظهر أثر الخلاف فيما لو وقف أو أوصى لأمهاته هل يختص بذلك الوالدات بغير واسطة أو تدخل الجدات . قال ـ أعني الأذرعي : قيل وفيما قاله نظر إذا كانت الصيغة وقفت على أمهاتي إذ يتعذر الحمل على الحقيقة عند من يقصر الأم على الوالدة بلا واسطة بل يشبه ذلك بما لو وقف على أولاده وليس له إلا ولد واحد وله أولاد ابن .

ولدها أبواك أو أحدهما . وبنت أخيك وبنت أُختك منهما ، كبنتك منك . وعمتك : كل أُنثى هي أُخت ذكر ولدَك ، بواسطة أم بغيرها ، وقد تكون من جهة الأُم ، كأُخت أب الأم . وخالتك : كل أُنثى هي أُخت أُنثى ولدتك بواسطة أم بغيرها ، وقد تكون من جهة الأب ، كأُخت أم الأب ، وعبر الأصحاب عنه بعبارتين .

إحداهما : قال الأُستاذ أبو إسحاق : يحرم عليه أُصُوله ، وفصوله ، وفصُول أول أُصوله ، وأول فصل من كل أصل بعده ، أي بعد أول الأُصول .

فالأُصول : الأُمهات . والفصول : البنات . وفصول أول الأُصول : الأخوات وبنات الأخ والأُخت . وأول فصل من كل أصل بعد الأصل الأول : العمات والخالات .

الثانية : قال الأُستاذ أبو منصور البغدادي : تحرم نساء القرابة ، إلّا من دخلت في اسم ولد العمومة أو ولد الخؤولة . وهذه العبارة أرجح ، لإيجازها ، ولأن الأُولى لا تنص على الاناث ، لأن لفظ الأُصول والفصول يتناول الذكور والاناث ، ولأن اللائق بالضابط أن يكون أقصر من المضبوط ، والأُولى بخلافه .

فرع : زنا بامرأة ، فولدت بنتاً ، يجوز للزاني نكاح البنت، لكن يكره . وقيل : إن تيقن أنها من مائه ، إن تصور تيقنه ، حرمت عليه . وقيل : تحرم مطلقاً . والصحيح : الحِلُّ مطلقاً . والبنت التي نفاها باللعان ، تحرم عليه إن كان دخل بأمها ، وكذا إن لم يدخل[1] على الأصح . قال المتولي : وعلى هذا ، ففي وجوب القصاص بقتلها ، والحد بقذفها ، والقطع بسرقة مالها ، وقبول شهادته لها الوجهان[2] .

قلت : وسواء طاوعته على الزنا أو أكرهها . والله أعلم .

---

(١) وفي « ط » لم يدخل بها .

(٢) قال الشيخ البلقيني : هل يأتي الوجهان في انتقاض الوضوء بمسها وجواز النظر إليها والخلوة بها ونحو ذلك أم يقال لا يلزم من تحريم نكاحها ثبوت هذه الأحكام لأن هذه الأحكام إنما ثبتت لمن تحققت محرميته ، ولا يلزم من ثبوت الحرمة المحرمية كما في الملاعنة قطعاً وكما في أم الموطوءة بشبهة وبنتها على الأصح عند الجمهور وهذا لم أقف فيه على نقل صريح والأقرب عندي أن المحرمية لا تثبت وإن ثبتت الحرمة ، وعلى هذا فترد على ضابط المحرمية .

السبب الثاني : الرضاع ، **فيحرم من الرضاع ما يحرم من النسب**[1] ، **فكل من** أرضعتك ، أو أرضعت من أرضعتك ، أو أرضعت من ولدك بواسطة أو غيرها ، **فهي** أُمك ، وكذلك كل امرأة ولدت المرضعة أو الفحل ، وكل امرأة ارتضعت بلبنك أو بلبن من ولده ، أو أرضعتْها امرأة ولدتها أنت ، **فهي** بنتك . وكذلك بناتها من النسب والرضاع . وكل امرأة أرضعتها أمك ، أو ارتضعت بلبن أبيك ، **فهي** أُختك . وكذلك كل امرأة ولدتها المرضعة أو الفحل وأخوات الفحل والمرضعة وأخوات من ولدهما من النسب والرضاع ، عماتك وخالاتك . وكذلك كل امرأة أرضعتها واحدة من جداتك ، أو ارتضعت بلبن جدٍّ لك من النسب والرضاع ، وبنات أولاد المرضعة والفحل من النسب والرضاع ، بنات أخيك وأُختك : وكذلك كل أُنثى أرضعتها أُختك ، أو ارتضعت بلبن أخيك ، وبناتها وبنات أولادها من النسب والرضاع ، بنات أخيك وأُختك . وبنات كل ذكر أرضعته أُمك ، أو ارتضع لبن أبيك ، وبنات أولاده من النسب والرضاع ، بنات أخيك . وبنات كل امرأة أرضعتها أُمك ، أو ارتضعت لبن أبيك ، وبنات أولادها من النسب والرضاع ، بنات أُختك .

فرع : أربع نسوة يحرمن في النسب ، وفي الرضاع قد يحرمن ، وقد لا يحرمن .

إحداهن : أم الأخ والأُخت في النسب حرام ، لأنها أم ، أو زوجة أب ، وفي الرضاع إن كانت كذلك حرمت ، وإلا ، فلا ، بأن أرضعت أجنبية أخاك أو أُختك .

الثانية : أم نافلتك في النسب ، حرام لأنها بنتك ، أو زوجة ابنك ، وفي الرضاع قد لا تكون بنتاً ولا زوجة ابن ، بأن أرضعت أجنبية نافلتك .

الثالثة : جدة ولدك في النسب ، حرام ، لأنها أُمك ، أو أم زوجتك ، وفي

---

(١) لقوله ﷺ يحرم من الرضاعة ما يحرم من الولادة متفق عليه من رواية عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها .
(أخرجه البخاري في الصحيح ٩/١٣٩ ـ ١٤٠) كتاب النكاح باب ﴿ **وأمهاتكم اللائي أرضعنكم** ﴾ سورة النساء آية ٢٣ حديث (٥٠٩٩) .
(ومسلم في الصحيح ٢/١٠٦٨) كتاب الرضاع باب يحرم من الرضاعة حديث (٢/٤٤٤) واللفظ له ، وأخرجه البخاري موقوفاً على عائشة رضي الله عنها في الصحيح (٩/١٣٨) كتاب النكاح / باب ما يحل من الدخول حديث (٥٢٣٩) .

الرضاع قد لا تكون كذلك ، بأن أرضعت أجنبية ولدك ، فإن أمها جدته ، وليست بأمك ، ولا بأم زوجتك .

الرابعة : أخت ولدك حرام ، لأنها بنتك أو ربيبتك . وإذا أرضعت أجنبية ولدك ، فبنتها أخته ، وليست بنتك ولا ربيبتك ، ولا تحرم أخت الأخ في النسب ، ولا في الرضاع . وصورته في النسب : أن يكون لك أخت لأم ، وأخ لأب ، فيجوز له نكاحها . وفي الرضاع : امرأة أرضعتك وأرضعت صغيرة أجنبية منك ، يجوز لأخيك نكاحها . وهذه الصور الأربع مستثناة من قولنا : يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب .

قلت : كذا قال جماعة من أصحابنا : تستثنى الصور الأربع . وقال المحققون : لا حاجة إلى استثنائها ، لأنها ليست داخلة في الضابط ، ولهذا لم يستثنها الشافعي وجمهور الأصحاب رضي الله عنهم ، ولا استثنيت في الحديث الصحيح « يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب »[1] لأن أم الأخ لم تحرم لكونها أم أخ ، وإنما حرمت لكونها أماً أو حليلة أب ، ولم يوجد ذلك في الصورة الأولى ، وكذا القول في باقيهن[2] . والله أعلم .

السبب الثالث : المصاهرة ، فيحرم بها على التأبيد أربع .

---

(١) أخرجه البخاري في كتاب النكاح باب وأمهاتكم اللائي أرضعنكم حديث (٥١٠٠) .
(ومسلم ٢/١٠٧١) في كتاب تحريم ابنة الأخ من الرضاعة (١١/١٤٤٦) .

(٢) قال في المهمات : سبقه إلى ذلك الرافعي فذكر في الرضاع أنه لا حاجة لاستثنائها ، والجواب الجامع أن نقول الاستثناء إخراج بالولادة لدخل وهذه المسائل لم تدخل لأنا قلنا تحرم البنت والأم ونحو ذلك ، ولا يوجد في الرضاع أم حلال ولم نقل في نسب تحرم أم الأخ وأم الأخت وأم الولد وجدة الولد وأخت الولد والمسائل المستثناة إنما تدخل في هذا اللفظ لا في لفظ الأم والبنت ونحوهما فاللفظ المذكور في المحرمات لا يدخل في هذه المسائل واللفظ الذي يدخل في هذه المسائل لم يذكر في المحرمات وحذف من التعجيز أم الحافد وزاد ثلاث مسائل وهي أم العم وأم الخال وأخو الابن فقال إلا ستاً أم أخ أو عم أو خال وجدة ابن وأخته وأخوه . وقوله وأخوه أي أخو ابنه وصورته في امرأة لها ابن ارتضع من امرأة أجنبية لها ابن فذاك الابن وأخو ابن المرأة المذكورة أولاد لا يحرم عليها أن تتزوج بهذا الذي هو أخو ابنها . انتهى .
وقول الشيخ المصنف لأنها أم أو زوجة أب لو قال موطوءة أب بملك أو شبهة لكان أحسن .

إحداهن : أم زوجتك ، وأم زوجتك منها كأُمك منك ، وسواء أُمهات النسب والرضاع .

الثانية : زوجة ابنك[1] وابن ابنك وإن سفل بـالنسب والرضـاع ، وقول الله تعالى : ﴿ **وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم** ﴾[2] المراد به أنه لا تحرم زوجة من تبنّاه .

الثالثة : زوجة الأب والأجداد وإن عَلَوا من قبل الأب والأُم جميعاً ، وتحرم زوجة الأب من الرضاع .

الرابعة : بنت الزوجة ، وبنت زوجتك منها كبنتك منك ، سواء بنت النسب والرضاع ، وتحرم الثلاث الأوليات بمجرد العقد ، بشرط أن يكون صحيحاً . فأما النكاح الفاسد ، فلا يتعلق به حرمة المصاهرة ، لأنه لا يفيد حِلّ المنكوحة ، وحرمة غيرها فرع لحلها .

وأما الرابعة ، وهي بنت الزوجة ، فلا تحرم إلا بالدخول بالزوجة[3] . وحكى الشيخ أبـو عـاصم العبـادي وابنـه أبـو الحسن عن أبي الحسن أحمـد بن محمـد الصابوني[4] من أصحابنا : أن أُم الزوجة لا تحرم إلا بالدخول بالزوجة كالربيبة ، وهو شاذ ضعيف .

---

(١) لو قال موطوءة ابنك بملك أو شبهة لكان أيضاً أحسن .

(٢) سورة النساء الآية (٢٣) .

(٣) قال في الخادم : هذا إذا كانت الزوجة حية فلو وطىء امرأته بعد موتها ولم يكن وطئها في حياتها فهل تحرم الربيبة بهذا الوطء .
قال في البحر : قال يحتمل التحريم لأنه وطىء شبهة لبقاء أحكام النكاح في هذه الحالة من الارث وجواز الغسل ولو كان الواطىء أجنبياً لم تحرم الربيبة وإن قلنا بسقوط الحد في أحد الوجهين أي وهو الأصح لأن الحد لم يسقط هنا للشبهة بل لأن الحد في الأصل وضع للردع والزجر والموت هنا أبلغ في الردع . قال : وعندي لا تحرم الربيبة أصلاً لأنها تلحقه بالبهيمة بعد المـوت لزوال الخـطاب عنها وإيجاب الحد هنا كإيجابنا في وطء البهيمة وهو لا يجب ، وكذا إيجابها الغسل فيه .
قال ـ أعني صاحب الخادم ـ : وبهذا أجاب البغوي في أول فتاويه فقال : لا يثبت بوطء الميتة حرمة المصاهرة كما لو سقي لبناً حلب من ميتة لا تثبت حرمة الرضاع . قال : أو كذا لو استدخلت ذكراً مباناً لا تثبت به المصاهرة بخلاف ما لو استدخلت ذكراً زائداً .

(٤) أبو الحسن أحمد بن محمد الصابوني .

فرع : لا تحرم بنت زوج الأم ولا أمه ، ولا بنت زوج البنت ، ولا أمه ، ولا أم زوجة الأب ، ولا بنتها ، ولا أم زوجة الابن ، ولا بنتها ، ولا زوجة الربيب ولا زوجة الرابّ .

فصل : مجرد ملك اليمين ، لا يثبت شيئاً من هذه المحرمات ، لكن الوطء فيه يثبتها ، حتى تحرم الموطوءة على ابن الواطىء وأبيه ، وتحرم عليه أم الموطوءة وبنتها . والوطء بشبهة النكاح الفاسد ، ووطء الجارية المشتركة ، وجارية الابن ، يثبت حرمة المصاهرة[1] ، كما يثبت النسب ، ويوجب العدة . وحكي قول : إن وطء الشبهة لا يثبت حرمة المصاهرة ، كالزنا . والمشهور الذي قطع به الجمهور الأول ، وذلك فيما إذا شملت الشبهة الواطىء أو الموطوءة . فإن اختصت الشبهة بأحدهما ، والآخر زانٍ ، بأن وطئها يظنها زوجته وهي عالمة ، أو يعلم وهي جاهلة أو نائمة أو مكرهة ، أو مكّنت [العاقلة البالغة][2] مجنوناً أو مراهقاً عالمة ، فوجهان . أصحهما : الاعتبار بالرجل ، فتثبت المصاهرة إذا اشتبه عليه ، كما يثبت النسب والعدة[3] ، ولا يثبت إذا لم يشتبه عليه ، كما لا يثبت النسب والعدة . والثاني : تثبت المصاهرة في أيهما كانت الشبهة ، وعلى هذا وجهان . أحدهما : يختص بمن اختصت الشبهة به . فإن كان الاشتباه عليه ، حرم عليه أمها وبنتها ، ولا تحرم [هي][4] على أبيه وابنه . وإن كان الاشتباه عليها ، حرمت على ابنه وأبيه ، ولا تحرم عليه أمها وبنتها . والثاني : أنها تعم الطرفين كالنسب .

فرع : الوطء في النكاح وملك اليمين ، كما يوجب الحرمة ، يوجب المحرميَّة ، فيجوز للواطىء الخلوة والمسافرة بأم الموطوءة وبنتها ، والنظر إليها ، ولابنه الخلوة والمسافرة بالموطوءة والنظر . وفي وطء الشبهة وجهان . ويقال :

---

(١) تقدم قريباً عن البغوي أن الموطوءة بالشبهة إذا كانت ميتة لا يثبت بوطئها حرمة المصاهرة كما لو سقى لبناً حلب من ميتة لا يثبت به حرمة الرضاع فمحل ما ذكره الشيخ إذا كانت الموطوءة حية .

(٢) في « ط » تقديم وتأخير .

(٣) قال في القوت : قال ابن الرفعة وفي جعل وطء المجنون ووطء المراهق وطء شبهة نظر وأيده بما لم يتضح .
قال في الخادم : وفي المطارحات لابن القطان وطء الصبي أمة أبيه هل يحرمها عليه فيه قولان .
قال ابن الصلاح : وكأنه يعني القولين في عمده .

(٤) سقط في « ط » .

قولان . أصحهما عند الامام كذلك ، لأن الشبهة تثبت النسب والعدة ، فكذا المحرمية . وأصحهما عند الجمهور : المنع ، وحكَوه عن نصه في « الاملاء » .

فرع : الزنا لا يثبت المصاهرة ، فللزاني نكاح أم المزنى بها وبنتها ، ولأبيه وابنه نكاحها . ولو لاط بغلام ، لم يحرم على الفاعل أم الغلام وبنته . ولو ملك جارية محرمة عليه برضاع أو مصاهرة ، فوطئها ، فإن لم نوجب به الحد ، ثبتت المصاهرة . وإن أوجبناه ، فلا .

فرع : المفاخذة ، والقبلة ، والمس ، هل هي كالوطء فتثبت المصاهرة وتحرِّم الرَّبيبة في النكاح ؟ فيه قولان . أظهرهما عند البغوي والروياني : نعم . وأظهرهما عند ابن أبي هريرة وابن القطان والامام وغيرهم : لا[١] والقولان فيما إذا جرى ذلك بشهوة . فأما المس بغير شهوة ، فلا أثر له على المذهب ، وبه قطع الجمهور . قال الامام : ومنهم من أطلق القولين في الملامسة . وأما النظر بشهوة ، فلا يثبت المصاهرة على المذهب ، وبه قطع الجمهور . وقيل : قولان . وقيل : إن نظر إلى الفرج ، فقولان ، وإلا ، فلا .

فرع : إذا استدخلت ماء زوجها أو أجنبي بشبهة ، ثبتت المصاهرة[٢] والنسب والعدة ، دون الاحصان والتحليل . وفي تقدير المهر ووجوبه للمفوضة وثبوت الرجعة والغسل والمهر في صورة الشبهة وجهان . أصحهما : المنع[٣] . ولو

---

(١) ظاهرة ترجيح الثاني على أن الرافعي قال في احكام إتيان الدبر عن الأول أنه قوي .

قال الشيخ البلقيني : الوطء في الدبر هل تحرم به الربيبة وجهان ذكرهما الدارمي في الاستذكار وسيأتيان في أصل الروضة في الباب التاسع فقال وتثبت به المصاهرة على الأصح .

(٢) قال في المهمات : نقل صاحب الحاوي عن بعض الأصحاب أنه يشترط في التحريم بإدخال ماء الزوج أن تكون زوجة حال الانزال والاستدخال ومقتضاه أنه يشترط في ماء الأجنبي قيام الشبهة في الحالتين . قال في التوسط : وهو بعيد من كلامهم . وقال الشيخ البلقيني : ومقتضاه تحريم الربيبة باستدخال الماء وهذا مما أخالف فيه وأجزم بعدم تحريم الربيبة بذلك لقوله تعالى : ﴿ **وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم** ﴾ وفي صورة استدخال الماء لم يوجد الدخول وأما العدة فظاهر كلام الزاز يقتضي إثبات خلاف فيها في الكلام على العنين .

(٣) قال في المهمات : جزم في الكلام على الفسخ بالتعنين بثبوت الرجعة وكذا في الشرح الصغير وكذا =

أنزل أجنبي بزنا ، لم يثبت باستدخاله المصاهرة ولا النسب . وإن أنزل الزوج بالزنا ، حكى البغوي أنه لا يثبت النسب ولا المصاهرة ولا العدة . وقال من عند نفسه : وجب أن يثبت هذه الأحكام كما لو وطىء زوجته بظن أنه يزني .

فرع : ما أثبت التحريم المؤبد إذا طرأ على النكاح ، قطعه . فلو نكح امرأة ، فوطئها أبوه أو ابنه بشبهة ، أو وطىء هو أمها أو بنتها بشبهة ، انفسخ نكاحها

وفي المولَّدات لابن الحداد فرعان يتعلقان بهذا الأصل

أحدهما : نكح المرأة ونكح ابنه بنتها ، ووطىء كل واحد منهما زوجة الآخر غالطاً ، إنفسخ النكاحان . وهذا تفريع على المشهور أن وطء الشبهة كالوطء في ملك ، ويجب على كل واحد منهما مهر المثل للتي وطئها بالشبهة . ثم إن سبق وطء الأب ، فعليه لزوجته نصف المسمى ، لأنه الذي رفع نكاحها ، فهو كما لو طلقها قبل الدخول . وهل يجب على الابن لزوجته نصف المسمى ؟ فيه أوجه .

قال ابن الحداد : لا ، إذ لا صنع له وقال آخرون : نعم ، إذ لا صنع لها . وقال الشيخ أبو علي : إن كانت زوجة الابن نائمة ، أو صغيرة لا تعقل ، أو مكرهة ، وجب . وإن كانت عاقلة طاوعت الأب تظنه زوجها ، فلا شيء لها . فإن أوجبنا ، رجع الابن على أبيه ، لأنه فوّت نكاحه . وهل يرجع بمهر المثل ، أم بنصفه ، أم بما غرم ؟ فيه ثلاثة أقوال نوضحها في « كتاب الرضاع » إن شاء الله تعالى .

وأما إن سبق وطء الابن ، فعليه لزوجته نصف المسمى .

وهل يلزم الأب لزوجته نصف المسمى ؟ فيه الأوجه . فإن ألزمناه ، رجع على الابن كما ذكرنا . ولو وقع الوطآن معاً ، فعلى كل نصف ما سمى لزوجته . وهل يرجع على الآخر ؟ وجهان .

قال القفال : يرجع كل واحد على صاحبه بنصف ما كان يرجع به لو انفرد ، ويهدر نصفه كالاصطدام ، فإنها حرمت بفعلهما ، وقال الشيخ أبو علي : لا يرجع بشيء .

= في الروضة في الكلام على التحليل واقتضى كلامه هناك أنه المعروف للشافعي وأصحابه وبه يظهر رجحان الفتوى به .

الثاني[١] : نكح امرأتين في عقد[٢] ، فبانت إحداهما أم الأُخرى ، بطل النكاحان . ولا شيء لواحدة منهما ، إلّا أن يطأ ، فيجب مهر المثل . ولو نكحهما في عقدين ، ووطىء إحداهما ، ثم بان الحال ، نظر ، إن سبق نكاح الأُم ، فإن كانت الموطوءة ، فنكاحها بحاله ، والأُخرى محرَّمة . وإن كانت البنت هي الموطوءة ، فالنكاحان باطلان[٣] ، لأن البنت نكحها وعنده أُمها ، والأُم أُم موطوءة بشبهة ، وله أن يتزوج البنت متى شاء ، لأنها ربيبة لم يدخل بأُمها ، ويجب للبنت مهر المثل ، وللأُم نصف المسمى . وإن سبق نكاح البنت ، فإن كانت هي الموطوءة ، فنكاحها بحاله ، والأُم حرام أبداً . وإن كانت الموطوءة الأُم ، بطل النكاحان ، وحرمتا أبداً ، وللأُم مهر المثل ، وللبنت نصف المسمى . وإن أشبهت الموطوءة ، وعرفت التي سبق نكاحها ، ثبت نكاح السابقة ، لأن الأصل استمرار صحته ، وليس له نكاح الثانية ، لأن الأُولى إن كانت بنتاً ، فالثانية أم امرأته محرمة أبداً . وإن كانت أمّاً ، فليس له نكاح البنت وأمّها تحته . وإن ارتفع نكاح الأُم بطلاق أو غيره ، لم يحل له واحدة منهما ، لأن إحداهما محرمة أبداً ، فصار كاشتباه أُخته بأجنبية . وإن اشتبه السابق من النكاحين ، وعرفت الموطوءة ، فغير الموطوءة محرمة أبداً ، والموطوءة يوقف نكاحها ، وتمنع من نكاح غيره . وإن طلبت الفسخ للاشتباه ، فسخ كما في اشتباه الأوليين وإن اشتبه السابق من النكاحين والموطوءة ، وقف عنهما ، لاحتمال سبق البنت والدخول بالأُم ، وليس له نكاح واحدة منهما ، لأن إحداهما محرمة أبداً .

ولو كانت المسألة بحالها ، لكن وطئهما جميعاً ، بطل النكاحان ، وحرمتا أبداً . ثم إن وطىء أولاً التي نكحها أولاً ، فللأُولى مهرها المسمى ، وللثانية مهر المثل . وإن وطىء أولاً التي نكحها آخراً ، فلها مهر المثل ، لأنه لم ينعقد نكاحها ، وللمنكوحة أولاً جميع مهر المثل ونصف المسمى .

(١) في « ط » الفرع الثاني .

(٢) في بعض حواشي الروضة عقدين .

(٣) قال الشيخ جلال الدين البلقيني : نكاح البنت هو الباطل ونكاح الأم صحيح وإنما طرأ عليه التحريم فقطعه ودليله أنه يجب لها نصف المسمى لأنها فرقة قبل الدخول لا بسبب منها ، ولو قلنا انه باطل لما وجب به شيء .

أمّا نصف المسمى ، فلارتفاع نكاحها بسبب من الزوج . وأما جميع مهر المثل ، فلأنه وطئها بشبهة بعد ارتفاع النكاح .

فصل : إذا اختلطت محرم بنسب أو رضاع أو مصاهرة بأجنبيات .

قال الأصحاب : إن كان الاختلاط بعدد لا ينحصر ، كنسوة بلدة أو قرية كبيرة ، فله نكاح واحدة منهن . قال الامام : هذا ظاهر إن عمّ الالتباس . فأما إذا أمكنه نكاح من لا يشك فيها ، فيحتمل أن يقال : لا ينكح من المشكوك فيهن . والمذهب أنه لا حجر . فإن كان الاختلاط بعدد محصور ، فليجتنبهن . فلو خالف ونكح واحدة منهن ، لم يصح على الأصح . قال الامام : المحصور : ما عسر عدُّه على آحاد الناس[1] وقال الغزالي : كل عدد لو اجتمعوا في صعيد لعسر على الناظر عددهم بمجرد النظر كالألف ، فهو غير محصور ، وإن سهل كالعشرة ، والعشرين ، فمحصورٌ ، وبين الطرفين أوساط يلحق بأحدهما بالظن ، وما وقع فيه الشك ، استفتي فيه القلب .

الجنس الثاني : ما يقتضي حرمة غير مؤبدة ، ويتعلق بعدد ، وهو ثلاثة أنواع .

الأول : الجمع بين الأُختين من النسب أو الرضاع ، سواء الأُختان من الأبوين أو من أحدهما . فلو نكحهما ، بطل نكاحهما . وإن نكحها مرتباً ، بطلت الثانية . فإن وطئها جاهلاً بالحكم ، فعليها العدة ولها مهر المثل ، وله وطء الأُولى وإن كانت الثانية في العدة ، لكن المستحب أن لا يفعل .

ولو طلق امرأته طلاقاً بائناً ، فله نكاح أُختها في عدتها ، وإن كان رجعياً ، لم تحل أختها حتى تنقضي عدتها . فلو ادعى أنها أخبرته بانقضاء العدة ، والوقت محتمل ، وقالت : لم تنقض ، فوجهان . أصحهما وهو نصه في « الاملاء » : أن له نكاح أُختها . ولو طلق الأُولى ، لم يقع . ولو وطئها ، لزمه الحد ، لزعمه انقضاء عدتها . وقال الحليمي والقفال : ليس له نكاح أُختها ، لأن القول قولها في العدة . وعلى هذا ، لو طلقها وقع . ولو وطئها ، فلا حد ، وتجب النفقة على الوجهين ، لأنه

---

(١) الذي ذكره الإمام أن غير المحصور هو الذي يعسر عده وقد حكاه الرافعي عنه على وجهه وشوحح الشيخ فيما ذكره .

لا يقبل قوله في اسقاط حقها . ولو طلق زوجته الأمة طلاقاً رجعياً ، ثم اشتراها ، فله نكاح أختها في الحال ، وكذا لو اشتراها قبل الطلاق ، لأن ذلك الفراش انقطع .

فرع : يحرم الجمع بين المرأة وبنت أخيها وبنات أولاد أخيها ، وكذا بين المرأة وبنت أختها وبنات أولاد أختها ، سواء كانت العمومة والخؤولة من النسب أو الرضاع .

وضبط تحريم الجمع بعبارات .

إحداهن : يحرم الجمع بين امرأتين بينهما قرابة أو رضاع ولو كانت إحداهما ذكراً لحرمت المناكحة بينهما .

الثانية : يحرم بين كل امـرأتين بينهما قرابة أو رضاع يقتضي المحرمية .

الثالثة : يحرم بين كل امرأتين بينهما وصلة قرابة أو رضاع لو كانت تلك الوصلة بينك وبين امرأة لحرمت عليك . وقصدوا بقيد القرابة والرضاع الاحتراز عن الجمع بين المرأة وأم زوجها وبنت زوجها ، فإن هذا الجمع غير محرم وإن كان يحرم النكاح بينهما لو كان أحدهما ذكراً ، لكنه ليس بقرابة ولا رضاع ، بل مصاهرة ، وليس فيها رحم يحذر قطعها ، بخلاف الرضاع والقرابة .

فرع : يحرم الجمع بين المرأة وبنتها ، لدخولهما في الضابط . فلو نكحهما معاً ، بطل نكاحهما .

ولو نكحهما في عقدين ، فالثانية باطلة فإن كانت الثانية البنت ، جاز أن ينكحها إن فارق الأم قبل الدخول .

فرع : يجوز الجمع بين بنت الرجل وربيبته ، وبين المرأة وربيبة زوجها من امرأة أخرى ، وبين أخت الرجل من أمه وأخته من أبيه ، لأنه لا تحرم المناكحة بتقدير ذكورة أحدهما .

فصل : كل امرأتين يحرم الجمع بينهما في النكاح ، يحرم الجمع بينهما في الوطء بملك اليمين ، لكن يجوز الجمع بينهما في نفس الملك . فإذا اشترى أختين أو امرأة وعمتها أو خالتها معاً ، أو متعاقبتين ، صح الشراء ، وله وطء أيتهما شاء .

فإذا وطيء واحدة ، حرم عليه وطء الأخرى ، لكن لا يجب به الحد ، لأن له طريقاً إلى استباحتها ، بخلاف ما لو وطيء أخته من الرضاع وهي ملكه ، فإنه يحد على قول ، لأنه لا يستبيحها بحال ، ثم الثانية تبقى حراماً كما كانت ، والأولى حلالاً كما كانت ، فلا يحرِّم الحرام الحلال ، لكن يستحب أن لا يطأ الأولى حتى يستبرىء الثانية .

وعن أبي منصور بن مهران[1] أستاذ الأودني ، أنه إذا أحبل الثانية ، حلت ، وحرمت الأولى ، وهو غريب ، ثم لا تزال غير الموطوءة محرمة عليه ، حتى يحرم الموطوءة على نفسه ، إما بإزالة ملك ، كبيع كلها أو بعضها ، أو هبة مع الاقباض ، أو بالاعتاق ، وإما بإزالة الحِلّ بالتزويج أو الكتابة ، ولا يكفي الحيض والاحرام والعدة عن وطء شبهة ، لأنها أسباب عارضة لم تزل الملك ولا الاستحقاق ، فكذا الردة لا تبيح الأخرى ، وكذا الرهن على الأصح .

ولو باع بشرط الخيار ، فحيث يجوز للبائع الوطء ، لا تحل به الثانية ، وحيث لا يجوز وجهان . قال الامام : الوجه عندي القطع بالحل ، ولا يكفي استبراء الأولى ، لأنه لا يزيل الفراش . وعن القاضي حسين ، أن القياس الاكتفاء ، لأنه يدل على البراءة . وعن القاضي أبي حامد قال : غلط بعض أصحابنا فقال : إذا قال : حرَّمتها على نفسي ، حرمت عليه ، وحلت الأخرى .

ثم إذا حرمها بالأسباب المؤثرة ، فعاد الحل ، بأن باعها ، فردَّت عليه بعيب أو إقالة ، أو زوَّجها فطلقت ، أو كاتبها فعجزت ، لم يجز له وطؤها حتى يستبرئها ، لحدوث الملك . فإذا استبرأها ، فإن لم يكن وطيء الثانية بعد تحريم الأولى ، فله الآن وطء أيتهما شاء . وإن كان وطئها ، لم يجز وطء العائدة حتى تحرم الأخرى .

فرع : الوطء في الدّبر كالقبل ، فتحرم الأخرى به . وفي اللمس والقبلة والنظر بشهوة مثل الخلاف السابق في حرمة المصاهرة .

فرع : ملك أختين إحداهما مجوسية ، أو أخته برضاع ، فوطئها بشبهة ،

---

(١) قال ابن قاضي شهبة : ذكره العبادي بعد الوليد النيسابوري وقبل القاضي أبي حامد وحكي عن أبي طاهر الزيادة عنه في مسائل .
انظر (طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ١/١٣٥) - (طبقات الفقهاء للعبادي ص ٧٥) .

جاز وطء الأخرى ، لأن الأولى محرمة . ولو ملك أمًّا وبنتها ، ووطء إحداهما ، حرمت الأخرى أبداً ، فلو وطيء الأخرى بعد ذلك جاهلاً بالتحريم ، حرمت الأولى أيضاً أبداً . وإن كان عالماً ، ففي وجوب الحد قولان . إن قلنا : لا ، حرمت الأولى أيضاً أبداً ، وإلا ، فلا .

فصل : ملكها ولم يطأ ، أو وطيء ثم نكح أختها أو عمتها ، صح النكاح ، وحلت المنكوحة ، وحرمت المملوكة . ولو نكح امرأة ، ثم ملك أختها ، فالمملوكة حرام ، ويبقى حِلّ المنكوحة .

فصل : ارتدت الزوجة بعد الدخول ، يحرم نكاح أختها وأربع سواها قبل انقضاء العدة ، كالرجعية .

قال ابن الحداد : فلو قال لها : أنت طالق ثلاثاً ، فله في الحال نكاح أختها ، لحصول البينونة ، وكذا الحكم لو ارتدت فخالعها في الردة .

ولو كان تحته صغيرة ، وكبيرة مدخول بها ، فارتدت الكبيرة ، وأرضعت أمها في عدتها الصغيرة ، وقف نكاح الصغيرة . فإن أصرت الكبيرة حتى انقضت العدة ، ففي نكاح الصغيرة ، بحاله . وإن أسلمت في العدة ، بطل نكاح الصغيرة .

وفي بطلان نكاح الكبيرة قولان نذكرهما إن شاء الله تعالى في نظير المسألة في الرضاع . قال الشيخ أبو علي : أظهرهما : لا يبطل كما لو نكح أختاً على أخت لا تبطل الأولى . وكذا الحكم لو كانت المرضعة أخت الكبيرة .

ثم على الزوج للصغيرة نصف المسمى ، وللكبيرة تمامه ، ويرجع الزوج على المرضعة بنصف مهر مثل الصغيرة على الأظهر ، وبكلِّه في قول ، وبجميع مهر مثل الكبيرة على الأظهر إن أبطلنا نكاحها .

النوع الثاني : في قدر العدد المباح ، ولا يجوز للحر أن ينكح أكثر من أربع نسوة . فلو نكح خمساً في عقد ، بطل نكاحهن ، وإن نكحهن مرتباً ، بطل الزيادة على الأربع الأوليات . ولو نكح خمساً في عقد فيهن أختان ، بطل فيهما ، وفي البواقي قولا تفريق الصفقة ، والأظهر الصحة[1] .

---

(١) قال الأذرعي : إذا وطيء الزائدة على الأربع ومثله يجوز أن يجهله فلا حد وإن علم فوجهان ووطء =

ولو نكح سبعاً فيهن أُختان ، بطل الجميع .

ولو كان تحته أربع فأبانهن ، فله نكاح أربع بدلهن وإن كن في العدة . ولو أبان واحدة ، فله نكاح أُخرى في عدة المبانة .

ولو وطىء امرأة بشبهة ، فله نكاح أربع في عدتها . ولو كانت المفارقة رجعية ، لم تجز . وأما العبد ، فلا يجوز أن يزيد على امرأتين[١] .

فرع لابن الحداد : نكح ست نسوة ، ثلاثاً في عقد ، وثنتين في عقد ، وواحدة في عقد ، ولم يعلم المتقدم ، فنكاح الواحدة صحيح على كل تقدير ، لأنها لا تقع إلاّ أولة ، أو ثالثة ، أو رابعة ، فإنها لو تأخرت عن العقدين ، كان ثانيهما باطلاً ، فتقع هي صحيحة . وأما البواقي ، فقال ابن الحداد : لا يثبت نكاحهن ، لأن كل واحد من عقديهما يحتمل كونه متأخراً باطلاً ، والأصل عدم الصحة .

قال الشيخ أبو علي : ما ذكره ابن الحداد غلط عند عامة الأصحاب ، بل يصح مع نكاح الواحدة ، إما الثنتان ، وإما الثلاث ، وهو الذي سبق منهما ، ولا نعرف عينه فيوقف ، ويسأل الزوج ، فإن ادعى سبق الثنتين وصدقتاه ثبت نكاحهما وإن ادعى سبق الثلاث ، وصدقنه ، فكذلك . وإن قال : لا أدري ، أم لم يبين ، فلهن طلب الفسخ . وإن رضين بالضرر ، لم ينفسخ ، وعلى الزوجة نفقة الجميع مدة التوقف ، فإن مات قبل البيان ، اعتدت من لم يدخل بها عدة وفاة ، ومن دخل بها بأقصى الأجلين من وفاةٍ واقراءٍ ، ويدفع إلى الفردة ربع ميراث النسوة ، لاحتمال صحة نكاح ثلاث معها ثم يحتمل أن يكون الصحيح معها نكاح الثلاث ، فلا يستحق غير الربع المأخوذ ، ويحتمل صحة نكاح الثنتين ، فيستحق الثلث ، فيوقف ما بين الثلث والربع ، وهو نصف سدس بين الواحدة والثلاث ، لا حق للثنتين فيه ، ويوقف الثلثان بين نصيب النسوة ، بين الثنتين والثلاث ، لا حق للواحدة فيه . فإن أردن

= إحدى الخمس المعقود عليهن دفعة كوطء الخامسة قاله الدارمي . وقول الشيخ فيهن اختان في معنى الأختين لا تحل له كمحرم وملاعنة أو ثنية أو مجوسية . قال الأذرعي ، والقياس البطلان فيها قطعاً والصحة في الباقي على الأصح وكذلك الحكم لو كان فيهن أمة وهو لا يخاف العنت ، فإن كان ممن تباح له الامة بطل في الجميع . قاله القاضي أبو الطيب في المجرد .

(١) الثلاث للعبد كالخمس للحر فيما ذكرناه .

الصلح قبل البيان ، فالصلح في نصف السدس بين الواحدة والثلاث ، وفي الثلثين بين الثلاث والثنتين .

وأما المهر ، فللمفردة المسمى . وأما البواقي ، فإن دخل بهن ، قابلنا المسمى لإحدى الفرقتين ومهر المثل بالمسمى للفرقة الأخرى ومهر مثل الأولى ، وأخذنا أكثر القدرين من التركة ، ودفعنا إلى كل واحدة منهن الأقل من مسماها ومهر مثلها ، ووقفنا الباقي .

مثاله : سمى لكل واحدة مائة ، ومهر مثل كل واحدة خمسون ، فمسمى الثلاث ومهر مثل الثنتين أربعمائة ، وهي أكثر من مسمى الثنتين ومهر مثل الثلاث ، فنأخذ من التركة أربعمائة ، وندفع إلى كل واحدة خمسين ، ونقف الباقي وهو مائة وخمسون [منها][1] مائة بين النسوة الخمس ، وخمسون بين الثلاث وللورثة ، فإن بان صحة نكاح الثنتين ، فالمائة لهما والخمسون للورثة وإن بان صحة الثلاث فالمائة والخمسون لهن ، وإن لم يدخل بواحدة ، أخذنا من التركة أكثر المسميين ، ولا نعطي في الحال واحدة شيئاً . والأكثر في المثال المذكور ثلاثمائة ، فنقف مائتين بين الثلاث والثنتين ، ومائة بين الثلاث والورثة . وإن دخل بإحدى الفرقتين ، أخذنا الأكثر من مسمًى المدخول بهن فقط ، ومن مهر مثلهن مع مسمى الفرقة الأخرى ، وأعطي الموطوءات الأقل من المسمى ومهر مثلهن . ففي المثال المذكور ، إن دخل بالثنتين ، فمهر مثلهما مع مسمى الثلاث أربعمائة ، وذلك أكثر من مسمى الثنتين ، فنأخذ أربعمائة ، ونعطي كل واحدة من الثنتين خمسين ، ونقف مائة بينهما وبين الثلاث ، ومائتين بين الثلاث والورثة . فإن بان صحة نكاح الثنتين ، دفعنا المائة إليهما ، والباقي للورثة . وإن بان صحة نكاح الثلاث ، دفعناها مع المائتين إليهن ، وإن دخل بالثلاث ، فمهر مثلهن مع مسمى الثنتين ثلاثمائة وخمسون ، وذلك أكثر من مسمى الثلاث ، فنأخذ ثلاثمائة وخمسين ، ونعطي كل واحدة من الثلث خمسين منها ، ونقف الباقي وهو مائتان ، منها مائة وخمسون بين الثنتين والثلاث ، والباقي بين الثنتين والورثة . فإن بان صحة نكاح الثلاث ، أعطيناهن مائة وخمسين ، والباقي للورثة . وإن بان صحة نكان الثنتين ، أعطيناهما المائتين .

قال الشيخ أبو علي : فإن كانت المسألة بحالها ، نكح أربعاً أخر في عقد

---

(١) سقط في الأصل والمثبت من « ط » .

رابع ، ولم يعرف الترتيب ، لم يحكم بصحة نكاح الواحدة ، لاحتمال وقوعه بعد الأربع . فإن مات قبل البيان ، وقفنا ميراث زوجات ، ولا نعطي واحدة منه شيئاً . وأما المهر ، فإن دخل بهن ، أخذنا لكل واحدة الأكثر من مسماها ومهر مثلها ، وأعطيناها أقلهما ، ووقفنا الباقي بينها وبين الورثة . فإن لم يدخل بواحدة منهن ، فيحتمل أن يكون الصحيح نكاح الأربع ، ويحتمل أن تكون الواحدة مع الثلاث ، أو مع الثنتين ، فينظر مهر الأربع وحده ، ومهر الواحدة مع الثلاث ، ثم مع الثنتين ، ويؤخذ أكثر المقادير الثلاثة ، ويوقف . وإن دخل ببعضهن ، أخذ للمدخول بها أكثر مهريها ، وتعطى منه أقلهما ، ويوقف الباقي بينها وبين الورثة ، وأخذ لغير المدخول بها مسماها ، فيوقف بينها وبين الورثة .

النوع الثالث : استيفاء عدد الطلاق . فإذا طلق الحر زوجته ثلاثاً في نكاح أو أنكحة دفعة أو أكثر قبل الدخول أو بعده ، لم يحل له نكاحها حتى تنكح زوجاً غيره ويطأها ويفارقها وتنقضي عدتها منه(١) ، وإذا طلق العبد طلقتين ، فكطلاق الحر ثلاثاً . ولو عتق بعد ذلك ، لم يؤثر ، ويشترط أن يكون الوطء في نكاح صحيح . وفي قول : يكفي الوطء في نكاح فاسد ، ومنهم من أنكره ، ومنهم من طرده في وطء الشبهة ، والمذهب الأول . ويشترط تغييب جميع الحشفة في الفرج ، وبه تتعلق أحكام الوطء كلها . وقال البغوي : إن كانت بكراً ، فأقله الافتضاض بآلته . ومن قطعت حشفته ، إن بقي من ذكره دون قدرها ، لم يحل . وإن بقي قدرها فقط ، أحل . وإن بقي أكثر من قدرها ، كفى تغييب قدر حشفة هذا الشخص على الأصح . وقيل : يشترط تغييب جميع الباقي ، سواء كان قوي الانتشار ، أو ضعيفه فاستعان بإصبعه أو أصبعها ، فإن لم يكن انتشار أصلاً ، لتعنين أو شلل أو غيرهما ، لم

---

(١) قال الشيخ البلقيني : الذمي إذا نكح امرأة ثم طلقها طلقة واحدة ثم نقض واسترق فأراد أن ينكحها بإذن سيده ملك تطليقها طلقة واحدة ولو كان طلقها طلقتين ثم التحق بدار الحرب واسترق وأراد أن ينكحها .
قال ابن الحداد : له ذلك ويملك عليها طلقة واحدة ، ومن الأصحاب من منعه من ذلك .
قال الإمام في النهاية بعد أن حكى ذلك كله في فرع من الفروع التي في أواخر الطلاق والصحيح الأول . قال : وما يليق بهذه المسألة أن العبد إذا طلق امرأته طلقة واحدة ثم عتق فيملك عليها طلقتين في الحرية ، ولو طلق طلقتين ثم عتق فالذي ذكره الأصحاب جميعهم أنه لا يحل له حتى تنكح زوجاً غيره . قال الشيخ : رأيت لبعض أصحابنا وجهاً غريباً أن له ذلك . انتهى كلام الإمام وقد ذكر المصنف ذلك في كتاب الطلاق . انتهى كلام الشيخ .

يحصل التحليل على الصحيح ، وبه قطع جمهور الأصحاب في كتبهم ، لعدم ذوق العُسيلة ، وحصله الشيخ أبو محمد والغزالي ، لحصول الوطء وأحكامه . واستدخال ذكر النائم وغيره يحلل ، واستدخال الماء لا يحلل .

قلت : ولو لف على ذكره خرقة وأولج ، حلل على الصحيح . والله أعلم .

فرع : يحصل التحليل بكل زوج ، حر مسلم ، وعبد ، ومجنون ، وخصي ، ذمي إذا كانت المطلقة ذمية ، سواء كان المطلق مسلماً أو ذمياً ، ويشترط وطء الذمي في وقت لو ترافعوا إلينا لقررناهم على ذلك النكاح .

قلت : لا يشترط في تحليل الذمية للمسلم وطء ذمي ، بل المجوسي والوثني يحللانها أيضاً للمسلم ، كما يحصنانها ، صرح به إبراهيم المروذي . والله أعلم .

والصبي الذي يتأتّى منه الجماع ، كالبالغ على المشهور . والطفل الذي لا يتأتّى منه ، لا يحلل على الصحيح ، وعن القفال ، أنه يحلل .

قلت : هذا الوجه كالغلط المنابذ لقواعد الباب . ونقل الامام اتفاق الأصحاب أنه لا يحلل . والله أعلم .

فرع : إذا كانت المطلقة ثلاثاً صغيرة ، ووطئها زوج ، حلت قطعاً[1] . وقيل في التي لا تشتهى الوجهان كتحليل الصبي .

فرع : لو وطئها في إحرامه أو إحرامها ، أو الحيض ، أو صوم رمضان ، أو قبل التكفير عن ظهارها ، أو ظاناً أنها أجنبية ، حلت ، لأنه وطء زوج في نكاح صحيح ، ولو وطئها وهي في عدة وطء شبهة وقع بعد نكاحه ، حلت على الأصح . ولو وطئها في حال ردته أو ردتها ، وعاد إلى الاسلام ، لم تحل ، نص عليه ، لاضطراب النكاح ، بخلاف سائر أسباب التحريم . واعترض المزني بأنه إن دخل بها قبل الردة ، فقد حلت ، وإلا ، فتبين بنفس الردة . قال الأصحاب : تتصور العدة بلا

(١) قال الشيخ البلقيني : صورته أن يكون مطلق الثلاث لم يدخل بها وإلا فمتى دخل بها يمتنع تزويجها في حال الصغر إلا إذا كانت مجنونة أو أمة .
وقال الشيخ أيضاً : الصغيرة التي لا يجامع مثلها نص الشافعي في الأم ظاهر في أنه لا يحصل التحليل بإصابتها . ولفظه وكل زوجة حرة ومملوكة وذمية بالغ أو غير بالغ إذا كان يجامع مثلها .

دخول ، بأن يطأها في الدبر أو فيما دون الفرج فسبق الماء ، أو تستدخل ماءه ، فتجب العدة ، ولا تحل بهذه الأسباب ، وكذا بالخلوة على القديم .

قلت : هذا الذي ذكره عن النص أنها لا تحل بالوطء في الردة ، هو الصواب ، وبه قطع جماهير الأصحاب . وقال صاحب « التلخيص » : إن اجتمعا في الاسلام قبل انقضاء العدة ، حلت للأول ، وتابعه عليه القفال ، وليس بشيء . ولو طلقها رجعياً ، باستدخال الماء قبل الدخول ، ثم وطئها في العدة لم تحل للأول وإن راجعها في العدة ، نص عليه الشافعي والأصحاب ، وقال إبراهيم المروذي : إذا قلنا : تحل بوطء الشبهة ، فهنا أولى ، وإلا ، فلا تحل . والله أعلم .

فرع : نكحها على أنه إذا وطئها بانت منه ، أو نكحها إلى أن يطأها ، أو على أنه إذا وطئها فلا نكاح بينهما ، فنكاح باطل ، فإن شرط أنه إذا وطئها طلقها ، فباطل أيضاً على الأظهر . وفي قول : يصح العقد ، ويبطل الشرط ، ويجب مهر المثل . ولو تزوج بلا شرط ، وفي عزمه أن يطلقها إذا وطئها ، كره ، وصح العقد ، وحلت بوطئه . ولو نكحها على أن لا يطأها إلاّ مرة ، أو على أن لا يطأها نهاراً ، فللشافعي رحمه الله في بطلان النكاح أو صحته دون الشرط نصان . وقيل : قولان . والمذهب أنهما على حالين . فالبطلان إذا شرطت الزوجة أن لا يطأها ، والصحة إذا شرط الزوج أن لا يطأ ، لأنه حقه ، فله تركه والتمكين عليها .

ولو نكحها بشرط أن لا تحل له ، فقال الامام : يجب أن تلحق بشرط ترك الوطء . وقال الغزالي : ينبغي أن يفسد ، للتناقض .

قلت : قول الغزالي أصح . والله أعلم .

وفي « فتاوى » القفال : أنه لو تزوج أمة على أن لا يملك الاستمتاع ببضعها ، فكشرط أن لا يطأ . وإن تزوجها بشرط أن لا يملك بضعها ، فإن أراد الاستمتاع ، فكذلك . وإن أراد ملك العين ، لم يضر . وجميع ما ذكرناه إذا شرطه في نفس العقد ، ولو تواطآ [على][1] شيء من ذلك قبل العقد ، وعقدا على ذلك القصد بلا شرط ، فليس كالمشروط على الصحيح .

---

(١) وفي « ظ » وفي .

فرع : قال الأئمة : أسلمُ طريق في الباب وأدفعهُ للعار ، أن تزوج بعبد صغير ، وتستدخل حشفته ، ثم تتملكه ببيع أو هبة ونحوهما ، فينفسخ النكاح ، ويحصل التحليل إن صححنا تحليل الصبي وجوزنا إجبار العبد الصغير على النكاح ، وإلا ، فلا .

فرع : إذا قالت المطلقة ثلاثاً : نكحت زوجاً آخر ، فوطئني وفارقني ، وانقضت عدتي منه ، قبل قولها عند الاحتمال . وإن أنكر الزوج الثاني[١] ، وصدق في أنه لا يلزمه إلا نصف المهر ، فكذلك، لأنها مؤتمنة في انقضاء العدة ، والوطء يعسر إقامة البينة عليه . ثم إن ظن صدقها ، فله نكاحها بلا كراهة . وإن لم يظنه ، استحب أن لا يتزوجها . وإن قال : هي كاذبة ، لم [يحل][٢] ، له نكاحها . فإن قال بعده : تبينت صدقها ، فله نكاحها .

قلت : قد جزم الفوراني بأنه إذا غلب على ظنه كذبها ، لم تحل له . وتابعه الغزالي على هذا ، وهو غلط عند الأصحاب ، وقد نقل الامام اتفاق الأصحاب على أنها تحل وإن غلب على ظنه كذبها إذا كان الصدق ممكناً . قال : وهذا الذي قاله الفوراني غلط ، وهو من عثرات الكتاب ، ولعل الرافعي لم يحك هذا الوجه ، لشدة ضعفه ، ولقول الامام : إنه غلط . قال إبراهم المروذي : ولو كذبها الزوج والولي والشهود ، لم تحل على الأصح[٣] . والله أعلم .

فرع : طلق زوجته الأمة ، ثم اشتراها قبل وطء زوج ، لا يحل له وطؤها بملك اليمين على الصحيح ، لظاهر القران .

قلت : قال العلماء : الحكمة في اشتراط التحليل ، التنفير من الطلاق

---

(١) مراد الشيخ بقوله « وإن أنكر الزوج الثاني الإصابة لا الطلاق » بدليل قوله وصدق في أنه لا يلزمه إلا نصف المهر وصورة المسألة أنها أقرت لزوج معين وأنكر الإصابة ، وكذا لو أقرت بنكاح رجل غير معين أما لو أقرت بنكاح رجل معين وادعت أنه طلقها أو مات عنها فلا بد من بينة كما ذكره الشيخ قبيل دعوى النسب عن فتاوى البغوي .

(٢) في « ط » يكن .

(٣) قال الشيخ البلقيني : الأصح عندنا الحل خلافاً للمصنف وشاهد ما صححناه نص الشافعي وتفريعهم على الجديد في إقرارها وجزم بما صححناه أبو الفرج الزاز في تهذيب البغوي في صورة تكذيب الزوج والشهود الحل من غير ذكر خلاف .

الثلاث . والله أعلم .

الجنس الثالث من الموانع : رق المرأة ، وهو ضربان . رقيقة يملكها ، ورقيقة لا يملكها .

الضرب الأول : مملوكته ، فليس له نكاح من يملكها أو بعضها . ولو ملك بعض زوجته ، انفسخ نكاحه ، وليس لها نكاح من تملك بعضه . ولو ملكت زوجها ، انفسخ نكاحها .

الضرب الثاني : أمة غيره ، فلا تحل للحر إلا بشروط .

أحدها : أن لا يكون تحته حرة يتيسر الاستمتاع بها مسلمة أو كتابية ، وفي وجه : لا يمنع كون الكتابية تحته . فإن لم يتيسر الاستمتاع ، بأن كانت تحته صغيرة ، أو هرمة ، أو غائبة ، أو مجنونة ، أو مجذومة ، أو برصاء ، أو رتقاء ، أو مضناة لا تحتمل الجماع ، فوجهان . أحدهما : يصح نكاح الأمة ، وهذا أصح عند صاحب « المهذب » والقاضي حسين ، وقطع به ابن الصباغ وجماعة من العراقيين . والثاني : المنع ، وبه قطع الإمام والغزالي والبغوي[١] . فعلى هذا ، لا يصح نكاح الامة حتى تبين منه الحرة .

الثاني[٢] : أن لا يقدر على نكاح حرة لعدم الحرة ، أو عدم صداقها . فلو قدر على نكاح حرة رتقاء ، أو قرناء ، أو مجنونة ، أو مجذومة ، أو رضيعة ، أو معتدة من غيره ، فله نكاح الأمة على الأصح[٣] .

ولو قدر على حرة كتابية ، لم تحل الأمة على الأصح ، وقول الله تعالى : ﴿ ومن لم يَستَطِع مِنكُم طَوْلاً أن يَنكح المُحصنات المؤمنات ﴾[٤] .

قيد بالمؤمنات ، لأنه الغالب ، لا للاشتراط .

---

(١) لم يفصح بترجيح وصحح في أصل المنهاج الجواز ولم يبين أنه من عنده فإن ذكره المحرر أن الأحوط المنع .

(٢) في « ط » الشرط الثاني .

(٣) التصريح بالترجيح من عند الشيخ وليس في الرافعي تصريح بترجيح .

(٤) سورة النساء الآية (٤) .

ولو قدر على حرة غائبة ، قال الأصحاب : إن كان يخاف العنت في مدة قطع المسافة ، أو يلحقه مشقة ظاهرة بالخروج إليها ، فله نكاح الأمة ، وإلا ، فلا . قال الامام : المشقة المعتبرة ، أن ينسب متحملها في طلب زوجه إلى الاسراف .

ولو لم يجد إلّا حرة لا ترضى إلا بأكثر من مهر مثلها ، وهو واجده ، فنقل البغوي : أنه لا ينكح أمة . ونقل المتولي جوازه . وقال الامام والغزالي : إن كانت زيادة يعدُّ بذلها إسرافاً ، حلّت الأمة ، وإلا ، فلا . وفرقوا بينه وبين الماء في التيمم ، بأن الحاجة إلى الماء تتكرر ، وبأن هذا الناكح لا يعد مغبوناً .

قلت : قطع آخرون بموافقة المتولي ، وهو الأصح[1] . والله أعلم .

ولو لم يقدر على مهر ، ووجد حرة ترضى بمهر مؤجل ، وهو يتوقع القدرة عليه عند المحل ، أو وجد من يبيعه نسيئة ما يفي بصداقها ، أو وجد من يستأجره بأجرة معجلة ، أو رضيت حرة بأن ينكحها بلا مهر ، حلت الأمة على الأصح[2] ولو أقرض مهرها ، لم يجب القبول على المذهب ، لاحتمال المطالبة في الحال . وقيل بالوجهين .

ولو رضيت حرة بدون مهر مثلها ، وهو يجده ، لم تحل الأمة على المذهب ، لأن المنّة فيه قليلة ، إذ العادة المسامحة في المهور .

ولو وهب له مال أو جارية ، لم يلزمه القبول[3] ، وحلّت الأمة . ومن له مسكن وخادم ، هل له نكاح الأمة ، أم عليه بيعهما وصرفهما إلى طَول حرة ؟ وجهان حكاهما ابن كج .

---

(١) ما صححه هنا خالفه في تصحيح الوسيط وجرى على مقالة الإمام والغزالي .

(٢) لأن ذمته مشغولة في الحال وقد لا يصدق رجاؤه عند قومه الطلب عليه والثاني لا للقدرة على نكاح حرة .

(٣) فإن قيل صحح المصنف في التيمم في المنهاج وجوب شراء الماء بمؤجل بأجل يمتد إلى وصوله بكذا ماله ورضاها بالمؤجل أولى من رضا رب الماء بتأجيل تحته لأن الزوجة تمهر غالباً الحال بخلاف رب الدين .
أجيب بأن في الزوجة كلفة أخرى وهي النفقة والكسوة فإنهما يجبان بمجرد عرضها عليه والفرض أن معسر في الحال بخلاف الماء .

قلت : أصحهما الأول . والله أعلم .

والمال الغائب لا يمنع نكاح الأمة ، كما لا يمنع ابن السبيل الزكاة . ومن هو معسر ، وله ابن موسر ، يجوز له نكاح الأمة إن لم نوجب على الابن إعفافه . وإن أوجبناه ، فوجهان ، لأنه مستغن بمال الابن .

قلت : أصحهما : المنع ، وبه قطع جماعة . والله أعلم .

الشرط الثالث : خوف العنت[١] ، والمراد به هنا الزنا ، قال الامام : ليس المراد بالخوف أن يغلب على ظنه الوقوع في الزنا ، بل أن يتوقعه لا على الندور . وليس المراد بغير الخائف أن يعلم اجتنابه ، بل غلبة الظن بالتقوى ، والاجتناب ينافي الخوف ، فمن غلبت عليه شهوته ، وضعف تقواه ، فهو خائف . ومن ضعفت شهوته ، وهو يستبدع الزنا لدين أو مروءة أو حياءٍ ، فهو غير خائف . وإن غلبت شهوته ، وقوي تقواه ، ففيه احتمالان للامام . أصحهما : لا يجوز نكاح الأمة ، وبه قطع الغزالي ، لأنه لا يخاف الوقوع في الزنا . والثاني : إن كان ترك الوقاع يجر ضرراً أو مرضاً ، فله نكاح الأمة .

وأما المجبوب ، فلا يتصور منه الزنا . قال الامام والمتولي : ليس له نكاح الأمة . قال المتولي : فلو نكح حرٌّ أمة ، فوجدته مجبوباً ، وأرادت الفسخ ، فقال الزوج : جبَّ ذكري بعد النكاح . فإن كان قوله غير محتمل ، بأن كان الموضع مندملاً ، وقد عقد النكاح أمس ، فالنكاح باطل . وإن كان محتملاً ، فإن صدقته ، فذاك ، وإن كذبته ، فدعواها باطلة لأن مقتضى قولها ، بطلان النكاح من أصله . وقال الروياني في « البحر » : للخصي والمجبوب نكاح الأمة عند خوف الوقوع في الفعل المأثوم

---

(١) وأصل العنت المشقة ، سمي به الزنا لأنه سببها بالحد في الدنيا والعقوبة في الآخرة . والأصل في ذلك قول الله عزَّ وجلّ : ﴿ ومن لم يستطع منكم طولاً أن ينكح المحصنات المؤمنات ﴾ إلى قوله تعالى ﴿ ذلك لمن خشي العنت منكم ﴾ .

والطول السعة ، والمراد بالمحصنات الحرائر .

قال الروياني : وبالعنت عمومه لا خصوصه حتى لو خاف العنت من أمة بعينها لقوة ميله إليها وحبه لها فليس له أن يتزوجها إذا كان واجداً للطول لأن العشق لا معنى لاعتباره هنا لأن هذا تهييج من البطالة وإطالة الفكر .

به ، لأن العنت المشقة[1] .

فرع : القادر على شراء أمة يتسراها لا يحل له نكاح الأمة على المذهب[2] .

ولو كان في ملكه أمة ، لم ينكح أمة قطعاً ، وطرد الحناطي الخلاف فيه ، فعلى المذهب لو كانت الأمة التي يملكها غير مباحة ، فإن وفت قيمتها بمهر حرة ، أو ثمن أمة يتسراها ، لم ينكح الأمة ، وإلا ، فينكحها .

الشرط الرابع : كون الأمة المنكوحة مسلمة ، ولا يشترط كونها لمسلم على الأصح ، ويجوز للحر الكتابي نكاح الأمة الكتابية على الأصح[3] ، ويقال : الأظهر ، ولا يجوز نكاحها للعبد المسلم على المشهور .

وأما نكاح العبد المسلم الأمة المسلمة ، فسيأتي إن شاء الله تعالى في « باب نكاح المشرك » .

والعبد الكتابي ، ينكح الأمة الكتابية إن نكحها الحر الكتابي ، وإلا ، فوجهان . أصحهما : الجواز .

قلت : ونكاح الحر المجوسي والوثني الأمة المجوسية والوثنية ، كالكتابي الأمة الكتابية . والله أعلم .

فرع : للحر المسلم وطء أمته الكتابية دون المجوسية والوثنية ، كالنكاح في حرائرهم .

فصل : من استجمع شروط نكاح الأمة ، ليس له نكاح أمة صغيرة لا توطأ

---

(١) قال ابن عبد السلام : وينبغي جوازه للممسوح مطلقاً لانتفاء محذور رق الولد .

(٢) وعبر في المنهاج بالأصح لأمنه العنت مع وجودها فلا ضرورة به إلى رق ولده .

(٣) قال الشيخ البلقيني : ليس فيه تعرض لاعتبار الشروط الباقية من خوف العنت ونحوه وكلامه أولاً يدل على ذلك أيضاً لكن ظاهر القولين يدل على أن الشروط في حق المؤمن بدليل قوله تعالى : ﴿ **ومن لم يستطع منكم طولاً أن ينكح المحصنات المؤمنات** ﴾ الخ .

فالذي اعتقده أن الشروط إنما تعتبر في حق المؤمنين الأحرار . انتهى كلام الشيخ . وقال الأذرعي في التوسط : واعلم أن محل الخلاف فيما يظهر إذا كان الحر الكتابي يخاف العنت ولا يجد طول حرة وإلا فيمتنع ذلك عليه كالمسلم بالنسبة إلى الأمة المسلمة ، ولهذا قال المتولي على وجه الجواز فصارحكم الذمي معها كالحر المسلم مع الامة المسلمة .

على الأصح ، لأنه لا يأمن بها العنت . ومن بعضها رقيق كالرقيقة ، لا ينكحها حر إلا بالشروط . ولو قدر على نكاحها ، فهل يباح له نكاح الرقيقة المحضة ؟ فيه تردد للإمام ، لأن إرقاق بعض الولد أهون من إرقاق كله[١] .

وحكي عن بعض الأصحاب أن من بعضه رقيق كالرقيق ، فينكح الأمة مع القدرة على الحرة ، لأنه كالرقيق في الولاية والنظر[٢] .

فصل : ولد الأمة المنكوحة رقيق لمالكها ، سواء كان زوجها الحر عربياً أو غيره ، وفي القديم قول ان العرب لا يجري عليهم الرق ، فيكون ولد العربي حرّاً ، وهل على الزوج قيمته كالمغرور ؟ أم لا شيء عليه لأن السيد رضي حين زوّجها عربياً ؟ فيه قولان .

فرع : في « فتاوى » القاضي حسين : أنه لو زوّج أمته بواجد طَول حرة ، فأولدها ، فالأولاد أرقاء ، لأن شبهة النكاح كالنكاح الصحيح .

فصل : نكح الحر أمة بشروطه[٣] ، ثم أيسر أو نكح حرة[٤] ، لا ينفسح نكاح الأمة[٥] ، وقال المزني : ينفسخ .

فصل : جمع حرٌّ حرّة وأمة في عقد[٦] ، فإن كان ممن لا يحل له نكاح الأمة ، فنكاح الأمة باطل[٧] ونكاح الحرة صحيح على الأظهر[٨] . وإن كان ممن

---

(١) قال في الخادم : هذا بناه الإمام على القول بأن ولد المبعضة ينعقد كأمة مبعضاً فإن الإمام جزم بذلك هنا فقال : ولد كل ذات رحم بمثابتها ثم ذكر هذا الفرع والتردد وعلم منه أنا إذا قلنا ينعقد حراً كما رجحه الرافعي في بعض المواضع امتنع نكاح الأمة قطعاً . انتهى .
وأشار في المهمات إلى اختلاف ترجيح في كون الولد ينعقد حراً أو مبعضاً .

(٢) عبارة الإمام « ومن نصفه حر ونصفه عبد ينكح أمة مع القدرة على نكاح الحرة » نص الأصحاب عليه لأن ما فيه من الرق حطه عن الكمال وأخرجه عن الولاية . انتهى وحكي البناء على المفعول ، وعبارة الرافعي « وحكى بعض الأصحاب » .

(٣) أي بشروط نكاح الأمة .

(٤) بعد يساره .

(٥) لقوة الدوام ولهذا الإحرام والعدة والردة تمنع ابتداء النكاح دون دوامه .

(٦) كأن يقول لمن قال له زوّجتك بنتي وأمتي قبلت نكاحهما .

(٧) أي قطعاً لأن شرط نكاحها فقد الأمة .

(٨) من قول تفريق الصفقة .

يحل له نكاح الأمة ، بأن وجد حرة تسمح بمهر مؤجل ، أو بلا مهر ، أو بدون مهر المثل ، أو حرة كتابية ، وقلنا : إن هذه المعاني لا تمنع نكاح الأمة ، بطل نكاح الأمة قطعاً ، لاستغنائه عنه . وفي الحرة طريقان . أظهرهما عند الامام وبه قال صاحب « التلخيص » : أنه على القولين . وقال ابن الحداد وأبو زيد وآخرون : يبطل قطعاً لأنه جمع بين امرأتين يجوز إفراد كل منهما ، ولا يجوز الجمع ، فأشبه الأختين ، ومن قال بالأول ، فرق بأن الأختين ليس فيهما أقوى والحرة أقوى .

ولو جمع بين مسلمة ووثنية ، أو أجنبية ومحرم ، أو خلية ومعتدة أو مزوجة ، فهو كالجمع بين الحرة والأمة لمن لا تحل له الأمة . وإذا صححنا نكاح من تحل له ، فقد سبق في « تفريق الصفقة » قول : إنها تستحق جميع المسمى ، وأن المذهب أنها لا تستحق جميعه ، بل تستحق مهر المثل في قول ، وما يخص مهر مثلها من المسمى إذا وزع على مهر مثلها ومهر مثل الأخرى في قول . فإن قلنا : تستحق جميع المسمى ، فللزوج الخيار في فسخ الصداق والرجوع إلى مهر المثل كما ذكرنا في باب « التفريق » . وإن قلنا : تستحق مهر المثل ، فلا فسخ ، إذ لا فائدة فيه ، فإنه لو فسخ لرجع إليه . وإن قلنا : تستحق حصة مهر المثل من المسمى ، قال الشيخ أبو علي : إن كان المسمى مما يمكن قسمته ، كالحبوب ، فلا خيار . وإن كان مما لا يمكن ، كالعبد ، فله الخيار ، لتضرره بالتشقيص . فإن فسخ ، فعليه مهر المثل .

واعلم أن الجميع بين من يحل ومن لا يحل ، يتصور بأن يكون المزوِّج وليهما ، بأن زوَّج أمته وبنته ، أو كان وكيلاً لوليين ، أو ولي إحداهما ووكيلاً في الأخرى .

وموضع الخلاف إذا قال : زوَّجتك هذه وهذه بكذا ، فقال : قبلت نكاحهما بكذا ، فأمّا إذا قال : زوَّجتك بنتي هذه ، وزوجتك امتي هذه ، فقال : قبلت نكاح بنتك ، وقبلت نكاح أمتك ، أو اقتصر على قبول نكاح البنت ، فنكاح البنت صحيح بلا خلاف ، ولو فصّل المزوّج ، وقال الزوج : قبلت نكاحهما ، أو جمع المزوِّج ، وفصل الزوج ، فهل هو كما لو فصّلا جميعاً ، أو كما جمعا جميعاً ؟ وجهان . أصحهما : الأول .

ولو جمع بين أُختين وأمة وهو ممن يحل له نكاح الأمة ، فنكاح الأُختين باطل ، وفي الأمة الخلاف .

ولو قال : زوَّجتك بنتي ، وبعتك هذا الزق من الخمر بكذا ، فقبلهما ، أو زوَّجتك بنتي وابني أو فرسي ، أو وهذا الزق ، صح نكاح البنت على المذهب ، لأن المضموم لا يقبل النكاح ، فلغا : وقيل بطرد القولين . فإن صححنا ، فلها مهر المثل إن قلنا فيمن جمع بين محللة ومحرمة : للمحلّلة مهر المثل . وإن قلنا هناك : لها حصة مهر المثل من المسمى ، فقال البغوي : يجب لها هنا جميع المسمى ، لتعذر التوزيع .

قلت : ولو تزوج أمتين في عقد ، بطل نكاحهما قطعاً كالأختين . وجميع ما ذكرناه في نكاح أمة غيره ، أردنا به غير أمة ولده ، وأما أمة ولده ، ففيها خلاف وتفصيل يأتي إن شاء الله تعالى في « الباب العاشر » . والله أعلم .

الجنس الرابع من الموانع : الكفرة .

الكفار ثلاثة أصناف .

أحدها : الكتابيون ، فيجوز للمسلم مناكحتهم(١) ، سواء كانت الكتابية ذمية أو حربية ، لكن تكره الحربية(٢) ، وكذا الذمية على الصحيح ، لكن أخف من كراهة الحربية(٣) . والمراد بالكتابيين : اليهود والنصارى(٤) . فأما المتمسكون بكتب سائر الأنبياء الأولين ، كصحف شيث وإدريس وإبراهيم وزبور(٥) داود صلوات الله وسلامه

---

(١) لقوله تعالى : ﴿ والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم ﴾ ، أي حل لكم .

(٢) ليست بدار الإسلام لما في الإقامة بدار الحرب من تكثير سوائهم ولأنها ليست تحت قهرنا ، وقد تسترق وهي حامل منه فلا تصدق في أنها حامل من مسلم ولما في الميل إليها من خوف الفتنة .

(٣) والثاني لا تكره لأن الاستفراش إهانة والكافرة جديرة بذلك هذا إذا وجد مسلمة وإلا فلا كراهة كما قاله الزركشي .

(٤) لقوله تعالى : ﴿ أن تقولوا إنما أنزل الكتاب على طائفتين من قبلنا ﴾ واليهود والنصارى خذلهم الله ومزقهم كل ممزق فاشتقاق اليهود من يهود بن يعوف والنصارى من ناصرة قرية بالشام كان مبدأ دين النصارى منها .

(٥) بفتح أوله وضمه .

عليهم ، فلا تحل مناكحتهم على الصحيح .

الصنف الثاني : من لا كتاب له ولا شبهة كتاب ، كعبدة الأوثان والشمس والنجوم والمعطلة والزنادقة والباطنية والمعتقدين مذهب الاباحة وكل مذهب كفر معتقده ، فلا تحل مناكحتهم .

الصنف الثالث : من لا كتاب لهم ، لكن لهم شبهة كتاب وهم المجوس . وهل كان لهم كتاب ؟ فيه قولان . أشبههما : نعم ، وعلى القولين لا تحل مناكحتهم ، لأنه لا كتاب بأيديهم ، ولا نتيقّنه من قبل ، فنحتاط . وقال أبو اسحاق وأبو عبيد ابن حربويه : يحل إن قلنا : كان لهم كتاب ، وهذا ضعيف عند الأصحاب .

فرع : الكتابية كالمسلمة في النفقة والقسم والطلاق وعامة أحكام النكاح ، لكن لا توارث بينها وبين المسلم[١] ، ولا تغسله إذا اعتبرنا نية الغاسل ولم نصحح نيتها . وإذا طهرت عن حيض أو نفاس ، ألزمها الزوج الاغتسال . فإن امتنعت ، أجبرناها عليه[٢] واستباحها وإن لم تنو ، للضرورة ، كما تجبَر المسلمة المجنونة . وعن الحليمي تخريجاً على الاجبار على الغسل ، أن للسيد إجبار أمته المجوسية والوثنية على الاسلام ، لأن حل الاستمتاع يتوقف عليه . والصحيح خلافه ، لأن الرق أفادها الأمان من القتل فلا تجبر كالمستأمنة ، وليس كالغسل ، فإنه لا يعظم الأمر فيه . واختلف نص الشافعي رضي الله عنه في إجبار زوجته الكتابية على غسل الجنابة . وقال الجمهور : في إجبارها قولان . وقيل : الاجبار إذا طالت المدة وكانت النفس تعافها ، وعدمه في غير هذا الحال .

وأمّا المسلمة ، فهي مجبرة على الغسل من الجنابة ، كذا أطلقه البغوي .

قلت : ليس هو على إطلاقه ، بل هو فيما إذا طال بحيث حضر وقت صلاة ،

---

(١) بخلاف القذف ، فإن في قذفها التعزير كما سيأتي .

(٢) أي للحليل إجبارها على ذلك إذا طهرت لتوقف حل الوطء عليه ، وقضية هذا أن الحيض لا يجبرها على ذلك لاعتقاد الحل عند الانقطاع لكن قال القاضي أبو الطيب : لا أعرف أحداً من أصحابنا فرق بين الشافعي والحنفي . قال البلقيني : ووجه أن هذا لا يتوقف عليه كمال الاستمتاع .

فأما إذا لم تحضر صلاة ، ففي اجبارها القولان ، وهما مشهوران حتى في « التنبيه » . والأظهر من القولين الاجبار . والله أعلم .

وتُجبَر المسلمة أو الكتابية على التنظف ، بالاستحداد ، وقلم الأظفار ، وإزالة شعر الابط ، والأوساخ إذا تفاحش شيء من ذلك بحيث نفّر التوّاق ، فإن كان لا يمنع أصل الاستمتاع ، لكن يمنع كماله ، فقولان كغسل الجنابة ، ويجريان في منع الكتابية أكل الخنزير للاستقذار، وفي كل ما يمنع كمال الاستمتاع . والأظهر أن للزوج المنع منه . وله المنع من أكل ما يتأذى من رائحته كالثوم والكراث على الأظهر . وقيل : قطعاً ، وله المنع من شرب ما تسكر به . وفي القدر الذي لا يسكر القولان ، ويجريان في منع المسلمة من هذا القدر من النبيذ إذا كانت تعتقد إباحته . وقيل يمنعهما قطعاً ، لأن ذلك القدر لا ينضبط ويختلف باختلاف الأشخاص . ومتى تنجس فمها أو عضو آخر ، فله إجبارها على غسله بلا خلاف ليمكنه الاستمتاع به ، وله منعها من لبس جلد الميتة قبل دباغه ولبس ما له رائحة كريهة .

ويمنع الكتابية من البِيَع والكنائس ، كما يمنع المسلمة من الجماعات والمساجد .

فصل في صفة الكتابية التي ينكحها المسلم : وهي ضربان ، إسرائيلية ، وغيرها .

الأول[1] : التي ليست من بني إسرائيل ، ولها أحوال .

أحدها : أن تكون من قوم يعلم دخولهم في ذلك الدين قبل تحريفه ونسخه ، فيحل نكاحها على الأظهر . وقيل : قطعاً ، وهؤلاء يقرون بالجزية قطعاً . وفي حل ذبائحهم الخلاف كالمناكحة .

الثاني[2] : أن يكون ممن يعلم دخولهم بعد التحريف وقبل النسخ . فإن تمسكوا بالحق منه ، وتجنبوا المحرف منه ، فكالحال الأول . وإن دخلوا في

---

(١) في « ط » الضرب الأول .

(٢) في « ط » الحال الثاني .

المحرف ، لم تحل مناكحتهم على المذهب ، ويقرون بالجزية على الأصح كالمجوس وأولى للشبهة .

الثالث[١] : أن تكون ممن يعلم دخولهم بعد التحريف والنسخ ، فلا تحل مناكحتهم قطعاً . فالذين تهودوا أو تنصروا بعد بعثة نبينا ﷺ ، لا يناكحون . وفي المتهوِّدين بين نبينا وبين عيسى عليهما السلام وجهان . أصحهما : المنع ، ومن جوز كأنه يزعم أنا لا نعلم كيفية نسخ شريعة عيسى لشريعة موسى ﷺ ، وهل نسخت كلها أو بعضها ، وهؤلاء لا يقرون بالجزية .

الرابع : أن تكون من قوم لا يعلم متى دخلوا ، فلا تحل مناكحتهم ، ويقرون بالجزية ، وبذلك حكمت الصحابة رضي الله عنهم في نصارى العرب . هكذا أطلقه عامة الأصحاب من المتقدمين والمتأخرين ، وفيه شيء لا بد من معرفته وسنذكره في الفصل الذي بعد هذا إن شاء الله تعالى .

الضرب الثاني : الكتابية الاسرائيلية . والذي ذكره الأصحاب في طرقهم ، جواز نكاحها على الاطلاق من غير نظر إلى آبائها أدَخَلُوا في ذلك الدين قبل التحريف ، أو بعده ، وليس كذلك ، لأنه ليس كل اسرائيلية يلزم دخول آبائها قبل التحريف وإن أشعر به كلام جماعة من الأئمة[١] ، وذلك أن اسرائيل هو يعقوب ﷺ ، وبينه وبين نزول التوراة زمان طويل ، ولسنا نعلم أدَخَل كل بني اسرائيل على كثرتهم في زمان موسى ﷺ أم بعده قبل التحريف ، بل في القصص ما يدل على استمرار بعضهم على عبادة الأوثان والأديان الفاسدة ، وبتقدير استمرار هذا في اليهود ، فلا يستمر في النصارى ، لأن بني اسرائيل بعد بعثة عيسى ﷺ منهم من آمن به ، ومنهم من صَدَّ عنه فأصر على دين موسى . ثم من المصريين من تنصر على تعاقب الزمان قبل التحريف وبعده ، ولكن كأن الأصحاب اكتفَوا بشرف النسب وجعلوه جابراً لنقص دخول الآباء في الدين بعد التحريف ، حتى فارق حكمهن حكم غير الاسرائيليات إذا دخل آباؤهن بعد التحريف .

---

(١) في « ط » الحال الثالث .

(٢) قال في المهمات : تعبيره بقوله « وليس كذلك » تحريف يفسد به المعنى وإنما هو وليس ذلك أي لم يقل ذلك لكذا بل لكذا وهو في الرافعي على الصواب .

وأما الدخول فيه بعد بعثة نبينا ﷺ ، فلا تفارق فيه الاسرائيلية غيرها كما سنوضحه إن شاء الله تعالى . وكلام الغزالي يقتضي النظر إلى حال الآباء في الاسرائيليات أيضاً ، حتى يكون نكاح الاسرائيلية التي دخل أول آبائها في ذلك الدين بعد التحريف على قولين ، كغير الاسرائيلية التي دخل آباؤها فيه قبل التحريف ، لكن كلام الأصحاب يخالفه ، فاعرفه وانظر كيف يمكنك تنزيل كلامه على منقول الأصحاب .

فرع : الصابئون طائفة تعد من النصارى[١] ، والسامرة[٢] طائفة تعد من اليهود . فإن كانوا يخالفون اليهود والنصارى في أصل دينهم ولا يتأوّلون نصّ كتابهم ، لم يناكحوا كالمجوس . وإن خالفوهم في الفروع دون الأصول وتأوّلوا نصوص كتابهم ، جازت مناكحتهم . هذا هو المذهب ، وهو نصه في « المختصر » ، وقطع به الجمهور . قال الشيخ أبو علي : وأطلق بعض الأصحاب قولين في مناكحتهم . قال الامام : لا مجال للخلاف فيمن تكفرهم اليهود والنصارى ، ويخرجونهم عنهم ، لكن يمكن الخلاف فيمن جعلوه كالمبتدع فينا .

وإذا شككنا في جماعة أيخالفونهم في الأصول أم الفروع ؟ لم نناكحهم . والصابئون ـ فيما نقل ـ فرقتان ، فرقة توافق النصارى في أُصول الدين ، وفرقة تخالفهم ، وهم الذين أفتى الاصطخري بقتلهم .

فصل في الانتقال من دين إلى دين : هو ثلاثة أقسام .

---

(١) يقال صبأ الرجل إذا مال وزاغ فيحكم ميل هؤلاء عن سنن الحق وزيغهم عن نهج الأنبياء . قيل لها الصابئة ، ومدار مذهبهم على التعصب للروحانيين كما أن مدار مذهب الحنفاء هو التعصب للبشر الجسمانيين والصابئة تدعي أن مذهبها هو الاكتساب .
ارجع إن شئت إلى مزيد تفصيل إلى الملل والنحل للشهرستاني (٢/٦٣) .

(٢) هؤلاء كانوا يسكنون جبال بيت المقدس وقرايا من أعمال مصر ويتقشفون في الطهارة أكثر من تقشف سائر اليهود أثبتوا نبوة موسى وهارون ويوشع بن نون عليهم السلام وأنكروا نبوة من بعدهم من الأنبياء إلا نبياً واحداً . وقالوا : التوراة ما بشرت إلا بنبي واحد يأتي بعد موسى يصدق ما بين يديه من التوراة ويحكم بحكمها ولا يخالفها إليه ، وتشعبت السامرة إلى دوستانية وهم الألفانية وإلى كوستانية ، والدستانية معناها الفرقة المتفرقة الكاذبة ، والكوستانية معناها الجماعة الصادقة وهم يقرون بالآخرة والثواب والعقاب وإن شئت مزيد تفصيل فارجع إلى الملل والنحل للشهرستاني (٢/٢٣ ـ ٢٤) .

الأول[١] : من دين باطل إلى دين باطل ، وهو ثلاثة أضرب .

أحدها : الانتقال من دين يقر أهله عليه إلى ما يقر أهله عليه ، كتهود نصراني وعكسه ، فهل يقر على ما انتقل إليه بالجزية ، أم لا يقبل منه إلا الاسلام أو الدين الذي انتقل منه ؟ فيه ثلاثة أقوال . أظهرها : الأول ، ثم الثاني .

قلت : الأصح ، لا يقبل منه إلا الاسلام . والله أعلم .

فعلى الأول ، تحل ذبيحته . وإن كانت امرأة ، حل للمسلم نكاحها . وإن كانت منكوحة مسلم ، استمر نكاحه .

وإن قلنا : لا يقر ، لم تحل ذبيحته ولا نكاحها وإذا انتقلت منكوحة مسلم ، فكردَّة المسلمة ، فتتنجز الفرقة قبل الدخول وتقف على انقضاء العدة بعده . وإذا قلنا بالقول الثاني والثالث ، وامتنع من الاسلام أو منه ومن الدين الذي انتقل منه ، فقولان . أحدهما : يقتل كالمرتد ، وأشبههما : يلحق بمأمنه كمن نبذ العهْد . ثم هو حرب لنا ، إن ظفرنا به قتلناه .

ولو تمجس يهودي أو نصراني ، ففي تقريره وعدمه وما يقبل منه الأقوال . وقيل : يمنع التقرير قطعاً ، لكونه دون دينه الأول . فإن لم نقره ، وأبى الرجوع ، ففي القتل والالحاق بالمأمن القولان . وعلى كل حال ، لا تحل ذبيحته ولا نكاحها . وإن كانت منكوحة مسلم ، تنجزت الفرقة إن كان قبل الدخول ، وإلا ، فإن أسلمت قبل انقضاء العدة ، أو عادت إلى دينها وقنعنا به ، دام النكاح ، وإلا ، بان حصول الفرقة من وقت الانتقال . ولو تمجست كتابية تحت كتابي ، فإن كانوا لا يجوِّزون نكاح المجوس ، فكتمجسها تحت مسلم ، وإلا ، فنقرهما إذا أسلما . ولو تهود أو تنصر مجوسي ، ففي التقرير الأقوال ، فإن منعناه ، فالتفريع كما سبق ، ولا تحل ذبيحته ونكاحها بحال ، لأن الانتقال من باطل إلى باطل لا يفيد فضيلة .

الضرب الثاني : انتقال مما يقر عليه إلى ما لا يقر ، كتوثن يهودي أو نصراني ، فلا يقر قطعاً . وهل يقنع بعوده إلى ما انتقل منه أو دين يقر أهله عليه ، أم لا يقبل إلا الاسلام أو ما انتقل منه ، أم لا يقبل إلّا الاسلام ، فيه ثلاثة أقوال . وإن كان هذا

---

(١) في « ط » القسم الأول .

الانتقال من كتابية تحت مسلم ، انفسخ نكاحها إن لم يدخل . وإن دخل فعادت إلى ما يقبل قبل انقضاء العدة ، استمر نكاحها ، وإلا ، تبين الفراق من وقت الانتقال . ولو توثن مجوسي ، لم يقر ، وفيما يقنع به الأقوال .

الضرب الثالث : عكس الثاني ، كتهود وثني وتنصره وتمجسه ، فلا يقر ، ولا يقبل منه إلا الاسلام قطعاً كالمرتد[١] ، لأنه كان لا يقر فلا يستفيده بباطل . وإذا تأملت حكم هذه الأضرب ، علمت أن الانتقال من دين باطل إلى [دين][٢] باطل ، يبطل الفضيلة التي كانت في الأول ، ولا يفيد فضيلة لم تكن في الأول ، ولكن تبقى الفضيلة التي يشترك فيها الدينان إن قلنا بالتقرير . وعلمت أن كلامهم المطلق في الفصل السابق : أن من دخل في التهود والتنصر بعد النسخ والتبديل لا يناكح ولا يقر بالجزية ، غير مستمر على إطلاقه ، لأن من تهود أو تنصر اليوم فقد دخل في ذلك الدين بعد النسخ والتبديل ، وقد بينا الخلاف في مناكحته وتقريره بالجزية إذا كان الدخول من دين يقر أهله عليه ، فإذاً إطلاقهم هناك وجزمهم بالمنع محمول على ما إذا كان الدخول فيه من دين لا يقر أهله كالوثنية ، وهذا هو البيان الذي سبق الوعد به .

فرع : إذا قبلنا رجوعه إلى غير الاسلام ، في هذه الصورة لا نقول له : أسلم أو عد إلى ما كنت عليه ، بل نأمره بالاسلام ، لكن نتركه إذا عاد إلى غيره .

القسم الثاني : الانتقال من دين حق إلى باطل ، وهو ردة المسلم والعياذ بالله ، فلا يقبل منه إلا الاسلام ، فإن أبى قتل كما سيأتي في بابه إن شاء الله تعالى ، ولا يحل نكاح المرتد لأحد . وإذا ارتد الزوجان أو أحدهما قبل الدخول ، تنجزت الفرقة ، وبعده نقف على العدة . فإن جمعهما الاسلام قبل انقضائها ، استمر النكاح ، وإلا ، بان حصول الفرقة من وقت الردة ، وفي مدة التوقف ، لا يحل الوطء ، فلو وطىء ، فلا حد ، وتجب العدة ، وهما عدتان من شخص ، فهو كوطء مطلقته في عدته ، واجتماعهما في الاسلام هنا كرجعته هناك ، فيستمر النكاح إذا

---

(١) قال الأذرعي : هذا الكلام يقتضي أنه إن لم يسلم قتلناه كالمرتد والوجه أن يكون حاله كما قبل الانتقال حتى لو كان له أمان لم يتغير حكمه بذلك وإن كان حربياً لا أمان له قتل إلا أن يسلم وهذا واضح انتهى .

(٢) سقط في « ط » .

جمعهما الاسلام في الحالات التي يحكم فيها بثبوت الرجعة هناك .

ولو طلقها في مدة التوقف ، أو ظاهر منها ، أو آلى ، توقفنا . فإن جمعهما الاسلام قبل انقضاء العدة ، تبينا صحتها ، وإلا ، فلا . وليس للزوج إذا ارتدت أن ينكح أختها في مدة التوقف ، ولا أربعاً سواها ، ولا أن ينكح أمة . فإن طلقها ثلاثاً في مدة التوقف ، أو خالعها ، جاز له ذلك ، لأنها إن لم تعد إلى الاسلام ، فقد بانت بنفس الردة ، وإلا ، فبالطلاق أو الخلع .

القسم الثالث : الانتقال من دين باطل إلى حق ، وهو « باب نكاح المشرك » الآتي إن شاء الله تعالى .

فرع : مَن أحد أبويه كتابي والآخر وثني ، يقر بالجزية على المذهب .

وأما مناكحته ومناكحة من أحد أبوه مجوسي والآخر يهودي أو نصراني أو ذبيحته ، فإن كانت الأم هي الكتابية ، لم يحل قطعاً ، وكذا إن كان هو الأب على الأظهر ، هذا في صغر المتولد منهما . فأما إذا بلغ وتديَّن بدين الكتابي منهما ، فقال الشافعي رضي الله عنه : تحل مناكحته وذبيحته . فمن الأصحاب من أثبت هذا قولاً ، ومنهم من قال : لا أثر لبلوغه ، وحمل النص على ما إذا كان أحد أبويه يهودياً والآخر نصرانياً ، فبلغ واختار دين أحدهما[1] .

ولو تولد بين يهودي ومجوسية ، فبلغ واختار التمجس ، فعن القفال أنه يمكَّن منه . ويجري عليه حكم المجوس . وقال الامام : لا يمنع أن يقال : إذا أثبتنا له حكم اليهود في الذبيحة والمناكحة أن نمنعه من التمجس إذا منعنا انتقال الكافر من دين إلى دين .

الباب السابع في نكاح المشرك

فيه أربعة أطراف .

الأول[2] : فيما يقر عليه الكافر من الأنكحة الجارية في الكفر إذا أسلم . فإذا

---

(١) قال في المهمات : لم يرجع شيئاً من ذلك والأصح في الرافعي في أول الصيد والذبائح عدم الحل وأسقطه من الروضة هناك لظنه ذكره هنا فلزم خلوها عن هذا الترجيح المُهم . انتهى .

(٢) في « ط » الطرف الأول .

أسلم وتحته أربع كتابيات ، أو أقل ، استمر نكاحهن ، لأنه يجوز ابتداؤه في الاسلام ، وسواء في ذلك اليهودي والمجوسي والوثني والحربي والذمي .

وإن أسلم وتحته مجوسية أو وثنية أو غيرهما ممن لا يجوز نكاحها من الكافرات ، وتخلفت هي ، فإن كان قبل المسيس ، تنجزت الفرقة . وإن كان بعده وأسلمت قبل انقضاء العدة ، استمر النكاح ، وإلّا ، تبينا حصول الفرقة من وقت إسلام الزوج . وإن أسلمت المرأة ، وأصر الزوج على كفره ، أي كفر كان ، فالحكم كما لو أسلم وأصرت على التوثن . وإن أسلما معاً ، بقيا على النكاح سواء فيه جميع أنواع الكفر وقبل المسيس وبعده ، والاعتبار في الترتيب والمعيّة ، بآخر كلمة الاسلام لا بأولها .

ولو نكح كافر لابنه الصغير صغيرة ، فإسلام الأبوين أو أحدهما قبل بلوغهما كإسلام الزوجين أو أحدهما .

ولو نكح لطفله بالغة ، وأسلم أبو الطفل والمرأة معاً ، قال البغوي : يبطل النكاح لأن إسلام الولد يحصل عقب اسلام الأب فيقدَّم اسلامهما على إسلام الزوج ، لكن ترتب إسلام الولد على إسلام الأب . لا يقتضي تقدّماً وتأخراً بالزمان ، فلا يظهر تقدم إسلامها على اسلام الزوج[1] : قال : وإن أسلمت عقب إسلام الأب ، بطل النكاح أيضاً ، لأن اسلام الولد يحصل حكماً ، وإسلامها يحصل بالقول ، والحكمي يكون سابقاً للقولي ، فلا يتحقق إسلامهما معاً .

فرع : حيث توقفنا في النكاح وانتظرنا الحال إلى انقضاء العدة ، فطلق قبل انقضائها ، فطلاقه موقوف . فإن اجتمعا على الاسلام في العدة ، تبينا وقوعه . ويعتد من وقت الطلاق ، وإلّا ، فلا طلاق . وقيل : في الطلاق قولا وقف العقود . ففي

---

(١) قال الشيخ البلقيني : ما قاله البغوي في ذلك هو الفقه ، وقول المصنف تبعاً لأصله لكن ترتب إسلام الولد الخ ضعيف فالحكم للتابع متأخر عن الحكم المتبوع وحينئذ فلا يحكم للولد بالإسلام حتى يصير الأب مسلماً وذلك مقتضى للتقدم في إسلام الأب والتأخر في إسلام الولد بالزمان ، وبه يظهر تقدم إسلام الزوجة على إسلام الزوج والله أعلم انتهى .
وما قاله البغوي نقلا في الخادم عن القاضي الحسين والمتولي والخوارزمي ثم ذكر كلام شيخه البلقيني ولم يعزه له ثم ذكر بحث الشيخ السبكي أن العلة هل تقارن المعلول أو تتأخر عنه ، فإن قلنا تقارن صح بحث الرافعي وإن قلنا بالتأخر اتجه ما قاله البغوي .

قول : لا يقع وإن اجتمعا في الاسلام قبل انقضاء العدة . وطردا فيما إذا أعتق عبد أبيه على ظن حياته ، فبان ميتاً، كما لو باعه على ظن حياته فبان ميتاً . والمذهب الأول ، لأن الطلاق والعتق يقبلان صريح التعليق ، فقبولهما تقدير التعليق أولى ، وكذا يتوقف في الظهار والايلاء . ولو قذفها ولم يجتمعا على إسلام في العدة ، لم يلاعن ، ويعزَّر إن كانت هي المتخلِّفة ، ويُحَدُّ إن كان هو المتخلف .

وإن اجتمعا على الاسلام ، فله أن يلاعن لدفع الحدّ أو التعزير . ولو سبق الزوج إلى الاسلام ، والزوجة وثنية ، فنكح في زمن التوقف أختها المسلمة أو أربعاً سواها ، لم يصح . وكذا لو طلقها رجعية في الشرك ثم أسلم ونكح في العدة أختها المسلمة أو أربعاً سواها ، لأن زوال نكاحها غير متيقن ، فلا ينكح من لا يجوز الجمع بينها وبينها . وقال المزني : يتوقف فيمن نكحها . فإن أسلمت المتخلفة قبل انقضاء العدة ، بان بطلان نكاح الثانية ، وإلاّ ، بان صحته .

وذكر بعض الأصحاب ، أنه على قولي وقف العقود . فعلى قول : هو كما قال المزني . والمذهب هو الأول ، وهو المنصوص ، وبه قطع الجماهير .

ولو أسلمت المرأة أولاً ، ونكح في تخلُّفه أُختها الكافرة ، ثم أسلم مع الثانية ، فإن كان بعد انقضاء عدة السابقة ، أقرت الثانية تحته . وإن أسلم قبل انقضاء عدتها ، فله أن يختار من شاء منهما ، كما لو أسلم وتحته أُختان أسلمتا معه ، وليس كالصورة السابقة ، فإنه هناك مسلم عند نكاح الثانية ، فلا ينكح الأُخت على الأُخت ، وهنا وقع النكاحان في الشرك .

فصل : ما ذكرناه أولاً ، كلام جملي في مواضع استمرار النكاح بعد الاسلام وعدم استمراره . والمقصود الآن ، بيان شرط الاستمرار .

فإن لم يقترن شيء من مفسدات النكاح بالعقد الجاري في الشرك ، ولا بحالة عروض الاسلام ، فهو مقرر عليه . فإن كانوا يعتقدون فساد شيء من ذلك ، لم نبال باعتقادهم ، وأدمنا ما هو صحيح عندنا . وإن اقترن به مفسد ، نظر ، إن كان زائلاً عند الاسلام ، وكان بحيث يجوز نكاحها حينئذٍ ابتداءً ، استمر عليه ، إلا إذا اعتقدوا فساده وانقطاعه . وإن كان المفسد باقياً وقت الاسلام ، بحيث لا يجوز ابتداء

نكاحها ، فلا تقرير ، بل يندفع النكاح ، ويتخرج على هذا الضابط مسائل .

إحداها : عقدا بغير ولي وشهود ، أو أجبر البكرَ غيرُ الأب والجد ، أو أجبرت الثيب ، أو راجع في القرء الرابع وهم يعتقدون امتداد الرجعة إليه ، فيقر عليه ، إذ لا مفسد عند الاسلام ، ونكاحها الآن جائز .

ولو نكح أمّه أو بنته ، أو زوجة أبيه أو ابنه ، أو مطلقته ثلاثاً قبل التحليل ، اندفع النكاح عند الاسلام ، لأنه لا يجوز ابتداؤه .

الثانية[١] : نكح معتدة غيره ، فإن كانت العدة باقية عند الاسلام ، اندفع النكاح ، وإلا استمر . وخصّ صاحب « الرقم » هذا التفصيل بعدة النكاح ، قال : وفي عدة الشبهة يقرّان وإن كانت باقية ، لأن الاسلام لا يمنع دوام النكاح مع عدة الشبهة ، ولم يتعرض الجمهور لهذا الفرق ، وأطلقوا اعتبار التقرير بالابتداء . ولو كان نكحها بشرط الخيار لهما أو لأحدهما مدة مقدرة ، فإن كانت المدة باقية عند الاسلام ، اندفع النكاح ، وإلا ، استمر كالعدة ، وسواء قارن بقية العدة أم مدة الخيار إسلامهما أو اسلام أحدهما ، حتى لو أسلم أحدهما والعدة أو المدة باقية ، ثم أسلم الآخر وقد انقضت ، فلا تقرير ، كذا قاله الصيدلاني ، والامام ، والغزالي ، والبغوي ، لأن المفسد لاقى لاسلام[٢] أحدهما فغلب الفسادُ . وعن القاضي حسين : أن المؤثر اقترانه بإسلامهما ، فإن اقترن بإسلام أحدهما فقط ، لم يندفع النكاح ، لأن وقت الإمساك والاختيار هو حال اجتماعهما مسلمين ، والأول أصح .

الثالثة[٣] : النكاح المؤقت ، إن اعتقدوه مؤبداً ، أقروا عليه . وإن اعتقدوه مؤقتاً ، لم يقروا ، سواء أسلما بعد تمام المدة أو قبلها ، لأن بعد المدة لا نكاح في اعتقادهم ، وقبلها يعتقدونه مؤقتاً ، ومثله لا يجوز ابتداؤه .

الرابعة[٤] : غصب حربي أو مستأمن امرأة واتخذها زوجة وهم يعتقدون غصبها نكاحاً ، قال القفال : لا يقر ، إذ لا عقد . والصحيح التقرير ، إذ ليس فيه إلا إقامة

---

(١) في « ط » المسألة الثانية .

(٢) في « ط » إسلام .

(٣) في « ط » المسألة الثالثة .

(٤) في « ط » المسألة الرابعة .

الفعل مقام القول ، فأشبه سائر وجوه الفساد . ولو غصب ذمي ذمية ، لم يقر ، لأن على الامام دفع قهر بعضهم بعضاً ، بخلاف الحربي والمستأمن[(١)] .

فرع : إذا أسلما ، لم يبحث عن شرط نكاحهما في الابتداء ، لأنه أسلم خلائق فلم يسألهم النبي ﷺ عن شروط أنكحتهم ، وأقرهم عليها . وأما في حال الاسلام ، فالوجه : الاحتياط .

فصل : قد سبق بيان ما إذا لم يقترن بالعقد الجاري في الشرك ولا بالاسلام مفسد ، وما إذا اقترن بالعقد مفسد ، وهذا الفصل لقسم ثالث ، وهو أن لا يقترن بالعقد ، لكن يطرأ مفسد ويقترن بالاسلام ، وفيه مسائل بناها جماعة على أن الاختيار والامساك كابتداء العقد ، أم كاستدامته ؟ قالوا : وفيه قولان مستنبطان . أظهرهما عند الأصحاب الأول .

---

(١) قال الشيخ البلقيني : أصل ما ذكره في هذه المسألة منصوص عليه في الأم ومختصر البويطي وتصرف فيه الأصحاب فقال في الأم كما نقله البندنيجي في تعليقه وإذا قهر حربي امرأة حربية على نفسها فوطئها أو طاوعته فوطئها وولدت منه أو لم تلد ثم أسلما لم يجز إقرارهما على ذلك إذا كانا لا يعتقدان ذلك نكاحاً، ونقل ذلك صاحب البيان عن الأم مختصراً ، وفي البويطي قبل تزويج البكر وإن غلب امرأة على نفسها أو طاوعته فأصابها ولم يكن ذلك نكاحاً عندهم ثم أسلما في العدة ولم يكن ذلك عقد نكاح عندهم فرق بينهما . انتهى .

وأما تصرف الأصحاب فقال البندنيجي بعد حكاية النص قال أصحابنا : فإن قهر حربي حربية على نفسها ووطئها وكانا يعتقدان ذلك نكاحاً جاز إقرارهما على ذلك لأنه نكاح عندهما وكان يعتقدان دوامه ولزومه بينهما وعلى هذا يدل كلام الشافعي وابن الصباغ لما حكى المسألة عن أبي علي في الافصاح وألحق المستأمنين بالحربيين قال مفرقاً ولهذا لو قصدهم أهل الحرب لم يلزم الإمام دفعهم عنهم بخلاف الذمة .

واعلم أنه لا بد من التنبيه على أمرين :

أحدهما : لو قهر ذمي حربية أو حربي ذمية ما حكمه .

والجواب أن ذلك خارج من العلة ففي الصورة الأولى يصح أن اعتقدا ذلك نكاحاً وإلا فلا . وفي الثانية لا يصح لأن على الإمام أن يدفع أهل الحرب عن أهل الذمة وعلى هذا ترد الثانية على إطلاق الحاوي الصغير .

الأمر الثاني : يقع في أكثر التصانيف تبعاً لمفهوم النص تصوير القهر والوطء وفي كلام الغزالي وأتباعه تصوير القهر فقط وفي ذلك كلام كثير وما نقل عن القفال نقل عن الصيدلاني وقد علمت النصين فيه وأطلق في الوسيط التصوير والنقل عنهما من غير تخصيص بحربي ولا ذمي ولكن الموقف ما تقدم . انتهى .

إحدى المسائل : إذا أسلم ، ووطئت زوجته بشبهة ثم أسلمت ، أو أسلمت ثم وطئت بشبهة ، ثم أسلم قبل انقضاء العدة ، استمر نكاحهما على المذهب والمنصوص وإن كان لا يجوز ابتداء نكاح المعتدة ، لأن عدة الشبهة لا تقطع نكاح المسلم ، فذا أولى .

الثانية(١) : أسلم وأحرم ، ثم أسلمت في العدة ، فعن النص جواز إمساكها في الاحرام ، وكذا لو أسلم وتحته أكثر من أربع نسوة أسلمن وهو محرم ، له اختيار أربع منهن ، وللأصحاب طريقان . أحدهما : القطع بالمنع ، كما لو أسلم وتحته أمة وهو موسر ، لا يجوز إمساكها ، وهؤلاء حملوا النص على ما إذا أسلما معاً ثم أحرم الزوج ، فله الاختيار ، لأنه ثبت قبل الاحرام .

وممن روي عنه هذا التأويل ، الأنماطي ، وابن سلمة . وعن القفال إنكار هذا النص ، وقال : تفحصت كتب الشافعي ، فلم أجده . والطريق الثاني وهو الصحيح : أن المسألة على قولين . أحدهما : المنع وأظهرهما ومختار أكثر الأصحاب : الأخذ بظاهر النص ، لأن عروض الاحرام لا يؤثر كما في نكاح المسلم ، ولأن الامساك استدامة ، فأشبه الرجعة .

الثالثة(٢) : نكح في الكفر حرة وأمة ، ثم أسلم وأسلمتا معه ، فالمذهب أن الحرة تتعين للنكاح ، ويندفع نكاح الأمة . وسواء نكحهما معاً أو مرتباً ، وتندفع الأمة أيضاً باليسار المقارن للاسلام . وقيل : في اندفاعها في الصورتين قولان ، بناءً على الأصل المذكور . والحاصل للفتوى، أنه متى أسلم وتحته أمة وأسلمت معه، أو جمعهما الاسلام في العدة ، فإن كان يحل له نكاح الأمة أمسكها . وإن لم يحل ليسار أو أمن العنت ، اندفع نكاحها .

الرابعة(٣) : أسلمت بعد الدخول وارتدت ، فإن لم يسلم الزوج حتى انقضت العدة ، بانت باختلاف الدين أولاً ، وتكون العدة من يومئذٍ . وإن أسلم قبل انقضائها ، سقط حكم تلك العدة من يومئذٍ ، ونتوقف . فإن عادت إلى الاسلام قبل انقضاء العدة من وقت ردتها ، استمر النكاح ، وإلا ، انقطع من يوم الرِّدّة ، وكذا لو

---

(١) في « ط » المسألة الثانية .

(٢) في « ط » المسألة الثالثة .

(٣) في « ط » المسألة الرابعة .

أسلم الزوج بعد الدخول وارتد ، إن لم تسلم المرأة إلى انقضاء العدة من وقت إسلامه ، بانت ، وإن أسلمت ، توقفنا ، فإن عاد الزوج إلى الاسلام قبل انقضاء العدة من وقت ردته ، استمر النكاح ، وإلا ، حصلت الفرقة من يومئذٍ . قال الامام : وحكى القفال عن النص أنه يندفع النكاح في اسلام أحد الزوجين وارتداده ، ولا يتوقف، والمشهور التوقف . وعلى هذا قال البغوي وغيره : الردة يفترق فيها حكم الابتداء والاستدامة، لأن ابتداء نكاح المرتد باطل غير منعقد على التوقف ، وفي الدوام توقفنا ، فالتحقت الردة بالعدة للشبهة والاحرام . وإنما قيل بالتوقف في الردة ، ولم نجوز الاختيار فيها بخلاف الاحرام والعدة ، لأن منافاة الردة للنكاح أشد ، فإنها تقطعه ، بخلافهما ، ولهذا لا تجوز الرجعة في الردة ، وتجوز في الاحرام على الأصح . ولو أسلم وتحته أكثر من أربع وارتد ، ثم أسلمت النسوة في العدة ، أو أسلم وأسلمن معه ، ثم ارتد قبل الاختيار ، لم يجز أن يختار أربعاً منهن في الردة . فإن عاد إلى الاسلام في العدة ، فله الاختيار حينئذٍ .

فرع : قد بان بما ذكرنا ، أن القاطع للنكاح عند الاسلام ، منه ما يكون موجوداً عند العقد واستمر كالعدة ، ومنه ما يطرأ كما لو نكح حرة على أمة ثم أسلم ، أو نكح أمة ثم أيسر وأسلم موسراً . ثم هل يشترط في الانقطاع أن يقارن المفسد إسلامهما ، أو يكفي اقترانه بإسلام أحدهما ؟ فيه خلاف سبق .

أما القسم الأول : فالأصح الاكتفاء[1] .

وأما الثاني : فقد ذكرنا أن المذهب أنه إذا أسلم ومعه حرة وأمة ، اندفعت الأمة ، وكذا لو أسلمت الحرة المدخول بها معه أو بعده قبل انقضاء العدة ثم أسلمت الأمة . ولو أصرت الأمة حتى انقضت العدة ، اندفعت باختلاف الدين . ولو ماتت الحرة بعد إسلامها ، أو ارتدت ، ثم أسلمت الأمة ، اندفعت الأمة أيضاً ، وكفى اقتران اسلام الحرة بإسلامه . ولو أسلم وتحته أمة وهو موسر ، ثم تلف ماله وأسلمت

(١) قال الشيخ البلقيني ، هذا في غير اليسار وأمن العنت فإنهما أو أحدهما إذا قرنا عقد النكاح في الكفر واستمر إلى إسلام أحدهما وكان زائلاً عند إسلام الآخر فإنه لا يمنع من التقرير . صرح به إمام الحرمين ونقله الأصحاب وكلام المصنف تبعاً لأصله يشهد له وهو مقتضى كلام صاحب الحاوي الصغير . انتهى .

وهو معسر ، فله إمساكها ، وإنما يؤثِّر اليسارُ في الدفع إذا قارن إسلامَهما جميعاً . وقيل : يكفي اقتران اليسار بإسلامه ، حكي هذا عن أبي يحيى البلخي ، قال : وعكسه لو أسلم معسراً ثم أسلمت وهو موسر ، فله إمساكها نظراً إلى وقت إسلامه . وعن ابن خيران : في اليسار الزائل قولان . وعن القاضي أبي حامد : أن في صورة الحرة والأمة له إمساك الأمة ، فحصل خلاف في الصورتين . والمذهب في صورة الحرة والأمة اندفاع الأمة وإن ماتت الحرة . وفي صورة زوال اليسار عدم اندفاعها ، واعتبار اقترانه بإسلامهما ، لأن وقت الاجتماع هو وقت جواز نكاح الأمة .

فصل : في الأنكحة الجارية في الشرك ثلاثة أوجه ، كذا نقلها الأكثرون ، وسماها الغزالي أقوالاً ، والصحيح أنها محكوم بصحتها[١] ، قال الله تعالى : ﴿ وامرأته حمالة الحطب ﴾[٢] ﴿ وقالت امرأة فرعون ﴾[٣] ولأنهم لو ترافعوا إلينا لم نبطله قطعاً ، ولم نفرق بينهم ، وإذا أسلموا أقررناهم ، والفاسد لا ينقلب صحيحاً ولا يقرر عليه . والثاني : أنها فاسدة ، لعدم مراعاتهم الشروط ، لكن لا نفرق لو ترافعوا ، رعاية للعهد والذمة ، ونقرهم بعد الاسلام تخفيفاً[٤] .

---

(١) لا خفاء أن مراد الشيخ المصنف بالكفار الكفار الأصليون ، وأما نكاح المرتدين فباطل ، وعبارة الشيخ البلقيني في التدريب وكل نكاح صدر بين كافرين أصليين فهو صحيح إن صدر على وفق الشرع وقول الشيخ المصنف محكوم بصحتها أحسن من تعبيره في المنهاج بأنه صحيح لأن الصحة حكم شرعي ولم يرد الشرع به .

قال في الخادم : والتحقيق أن يقال إن وافقت الشرع فهي صحيحة وإلا فهي محكوم بصحتها وأخذه من كلام شيخه البلقيني في التدريب كما قدم قريباً حيث قال فهو صحيح إن صدر على وفق الشرع .

واستثنى الشيخ البلقيني من أنكحتهم خمس صور لا يقرون عليها مطلقاً :

إحداها : نكاح المحرم ولكن لا يتعرض على المشهور لمجوسي ونحوه نكح محرماً ما لم يترافعا إلينا لنفقة ونحوها أبطلناه .

الثانية : نكاح زوجة غير الناكح مع استمرار زوجية الأولّ .

الثالثة : الغصب في ذميين أو حربي وذمية .

الرابعة : النكاح المؤقت إذا اعتقدوه مؤقتاً .

الخامسة : إذا نكحها بشرط الخيار مطلقاً لهما أو لأحدهما .

(٢) سورة اللهب الآية (٤) .

(٣) سورة القصص الآية (٩) .

(٤) في هامش « ط » في الأصل ويقرهم بعد الإسلام .

والثالث : لا نحكم بصحة ولا فساد ، بل نتوقف إلى الاسلام ، فما قرر عليه ، بانت صحته ، وما لا ، ففساده . ومن الأصحاب من قطع بالصحة . وإذا ثبت الخلاف ، فهل هو مخصوص بالعقود التي يحكم بفساد مثلها في الاسلام ؟ أم يجري في كل عقودهم ؟ مقتضى كلام المتولي وغيره : التخصيص . وقال الامام : من يحكم بفساد أنكحتهم ، يلزمه أن لا يفرق بين ما عقدوه بشروطنا وغيره . والمصير إلى بطلان نكاح يعقد على وفق الشرائع كلها ، مذهب لا يعتقده ذو حاصل .

قلت : الصواب التخصيص ، بل لم يصرح أحد بطرده في الجميع ، وليس في كلام الامام إثبات نقل طرده ، وإنما [ألزمهم][1] إلزاماً لهم الانفصال عنه بأن الظاهر إخلالهم بالشروط ، فإن تصور علمنا باجتماعها ، حكمنا بالصحة قطعاً[2] . والله أعلم .

ويبنى على الأصل المذكور مسألتان .

إحداها : طلق كافر زوجته ثلاثاً ثم أسلما . فإن قلنا بالصحيح وهو صحة أنكحتهم ، لا تحل إلا بمحلل ، وهذا هو نصه في المختصر وإن قلنا بالفساد ، فالطلاق في الفاسد لا يحوج إلى محلل ، فإذا قلنا بالصحيح ، فنكحت هذه المطلقة زوجاً في الشرك ، ووطئها ثم طلقها ، ثم أسلمت فتزوجها الأول بعد إسلامه ، حلت ، وكذا يحصل التحليل للمسلم بنكاح ذمي أو حربي كتابية طلقها المسلم ثلاثاً .

المسألة الثانية : التي يقرر نكاحها بعد الاسلام ، لها المهر المسمى إن كان صحيحاً . فإن كان خمراً ونحوها ، فسيأتي حكم مهورهم الفاسدة إن شاء الله

---

(١) في « ط » الزمه .

(٢) اعترضه في المهمات فقال يرد عليه أن الماوردي في الحاوي حكى في المسألة طريقين :
إحداهما : حاكية لثلاثة أقوال .
والثانية : وعزاها للأكثرين إنكار الخلاف وحمل الصحة على ما اجتمعت فيه الشروط وانتفت عنه الموانع والفساد على وجود الموانع وانتفاء الشروط والوقف على انتفاء الموانع مع الإخلال بالشروط ومعناه أنهم إذا أسلموا عفونا عن الخلل وأقررناهم عليه وذكر الروياني مثله ومقتضاه إثبات الخلاف مطلقاً عند القائلين بالطريقة الأولى واعترض الشيخ البلقيني على الشيخ في تعبيره فإن تصور علمنا فقال : صواب العبارة وإن حصل علمنا باجتماعها فالتصوير لا يلزم منه الحصول .

تعالى . ومن اندفع نكاحها بإسلام الزوج ، إن لم تكن مدخولاً بها ، وصححنا أنكحتهم ، فلها نصف المسمى إن كان صحيحاً . وإن كان فاسداً ، فنصف مهر المثل . وإن لم يسم شيئاً ، وجب المتعة . ومن اندفعت بإسلامها ، فلا شيء لها على المشهور . وقيل : قولان . ثانيهما : وجوب نصف المهر ، لأنها محسنة بالاسلام ، فهي في معنى من ينسب الفراق إلى تخلفه . وإن أفسدنا أنكحتهم ، فلا مهر مطلقاً ، لأن المهر لا يجب في الفاسد بلا دخول . وإن كانت مدخولاً بها ، وصححنا أنكحتهم ، وجب المسمى إن كان صحيحاً . وإن أفسدناها ، فمهر المثل . ثم عن القفال ، أن من صور الاندفاع من نكح محرماً له ثم أسلم ، وجعل وجوب نصف المهر على الخلاف . ورأى الإمام القطع بأنه لا شيء للمحرم من المهر . قال : ولا نقول : انعقد العقد عليها ثم انفسخ بالاسلام ، وإنما ذلك في الأخت المفارقة من الأختين وفي الزائدات على أربع . والموافق لاطلاق غير الامام موافقة القفال .

فرع : نكح مشرك أختين ، فطلقهما ثلاثاً ثلاثاً ، ثم أسلم وأسلمتا ، قال الأصحاب : إن صححنا أنكحتهم ، نفذ الطلاق فيهما ، ولم ينكح واحدة منهما إلا بمحلل . وإن أفسدناها ، فلا نكاح ولا طلاق ، ولا حاجة إلى محلل فيهما . وإن توقفنا ، فلو لم يكن طلاق ، لاختار إحداهما وبان بذلك صحة نكاحها وفساد نكاح الأخرى ، فإذا طلقهما ، أمر بالاختيار لينفذ الطلاق في المنكوحة ، ويحتاج إلى محلل لها دون الأخرى [ولو][(١)] أسلم مع أختين ، ثم طلق كل واحدة ثلاثاً ، فهنا يتخير قطعاً ، لأنهم لما أسلموا اندفع نكاح واحدة ، وإنما ينفذ الطلاق في المنكوحة . ولو أسلم قبلهما ، أو أسلمتا قبله ، تخير قطعاً ، لأنه والحالة هذه لا يمسك إلا إحداهما ، وينفسخ نكاح الأخرى من وقت إسلام من تقدَّم إسلامه منهم .

ولو كان تحته أكثر من أربع ، فطلقهن ثلاثاً ثلاثاً ، ثم أسلموا ، فعلى الصحيح ينفذ الطلاق فيهن كلهن ، وعلى التوقف ، يختار أربعاً فينفذ فيهن دون الباقيات .

قال الشيخ أبو علي : ولو كان عنده حرة وأمة ، فطلقهما ثلاثاً ثلاثاً ، ثم أسلموا ، لم يجز له نكاح واحدة إلا بمحلل . ولو أسلموا ، ثم طلقهما ثلاثاً ثلاثاً ،

---

(١) سقط في الأصل والمثبت من « ط » .

وقع الثلاث على الحرة ، لأنه متعينة ، وتندفع الأمة ، ولا يحتاج فيها إلى محلل . وكذا لو أسلمتا ثم طلقهما ثلاثاً ثلاثاً ثم أسلم أو أسلم فطلقهما ثلاثاً ثلاثاً لأن الاسلام لما جمع الجميع ، بان اندفاع الأمة من وقت إسلام من تقدم إسلامه منهم .

فصل : أصدق فاسداً كخمر أو خنزير ، ثم أسلما بعد قبضه ، فلا شيء . وإن أسلما قبل قبضه ، وجب مهر المثل . وفي قول : لها مهر المثل وإن قبضته . وفي قول : لا شيء وإن لم تقبض ، والمشهور الأول ، وهو الفرق . وسواء كان المسمى خمراً معينة أو في الذمة .

ولو أصدقها حراً مسلماً استرقوه ، ثم أسلما قبل قبضه أو بعده ، لم نقره في يدها ، بل نبطل ما جرى ، ويجب مهر المثل . هكذا ذكروه ، وقياس ما سبق ، أن يخرج من يدها ، ولا ترجع بشيء ، كما تراق الخمرة المقبوضة[1] ولو قبضت بعض الفاسد ، ثم أسلما ، وجب من مهر المثل بقسط ما لم يقبض ، ولا يجوز تسليم الباقي من الفاسد .

وطريق التقسيط ، أن ينظر ، فإن سميا جنساً واحداً وليس فيه تعدد كزق خمر قبضت نصفه ثم أسلما ، وجب نصف مهر المثل . وإن تعدد المسمى كزقي خمر ، قبضت أحدهما . فإن تساويا في القدر ، فكذلك ، وإلا ، فهل يعتبر الكيل أو الوزن أو العدد ؟ أوجه . أصحها : الأول . وإن أصدقها خنزيرين . فهل يعتبر العدد أم قيمتهما بتقدير ماليتهما ؟ وجهان . أصحهما : الثاني . وإن سميا جنسين فأكثر ، كزقي خمر وكلبين وثلاثة خنازير ، وقبضت إحدى الأجناس ، فهل ينظر إلى الأجناس ، فكل جنس بثلث ، أم إلى الأعداد ، فكل فرد سبع ، أم إلى القيمة بتقدير المالية ؟ أوجه . أصحها : الثالث . وحيث اعتبرنا تقويمها ، فهل طريقه أن تقدر

(١) قال الشيخ البلقيني : قوله « هكذا ذكروه » يقتضي أن الاصحاب قالوه فقط وليس كذلك فقد نص عليه الشافعي في سير الواقدي من الأم فقال : ولو تزوجها حر مسلم أو مكاتب لمسلم أو أم ولد لمسلم أو عبد لمسلم ثم أسلما وقد قبضت أو لم تقبض لم يكن لها سبيل على واحد منهم كان الحر حراً ومن بقي مملوكاً لمالكه الأول والمكاتب مكاتب لا يملكه ولها مهر مثلها في هذا كله . انتهى .
وقال في الخادم : وما استشكله الرافعي مدفوع بالفرق وهو بألا تمكنهم ولا تقرهم على استرقاق الحر بحال فلذلك وجب مهر المثل .

الخمر خلًّا ، والكلب شاة ، والخنزير بقرة ، أم الكلب فهداً ، لاشتراكهما في الاصطياد ، والخنزير حيواناً يقاربه في الصورة والفائدة ، أم تعتبر قيمتها عند من يجعل لها قيمة كتقدير الحر عبداً في الحكومة ؟ فيه أوجه . أصحها : الثالث . ولو ترابى كافران ، فباعه أو أقرضه درهماً بدرهمين ، ثم أسلما أو ترافعا إلينا قبله ، فإن جرى تقابض ، لم نتعرض لما جرى ولم يلزم الرد ، وإن لم يجر ، أبطلناه . وإن كان بعد قبض الدرهمين ، سألنا المؤدي ، أقصد أداءه عن الربح ، أم عن رأس المال ؟ وقد ذكرنا تفصيله في أواخر كتاب الرهن[1] . وجميع ما ذكرناه هو إذا تقابضا بتراض ، فإن أجبرهم قاضيهم على القبض في الربا والصداق وثمن خمر تبايعوها ثم أسلموا ، لم نوجب الرد على المذهب ، فالاسلام يَجُبُّ ما قبله . وإن ترافعوا إلينا في كفرهم ، فكذلك على الأظهر ، ويقال : الأصح .

فرع : نكحها مفوضة ، ويعتقدون أن لا مهر للمفوضة بحال ، ثم أسلم ، فلا مهر وإن كان إسلامهما قبل الدخول ، لأنه استحق وطأً بلا مهر[2] .

فصل : إذا ترافع إلينا ذميان في نكاح أو غيره ، إن كانا متفقي الملة ، وجب الحكم بينهما على الأظهر عند الأكثرين ، لقول الله تعالى : ﴿ **وأن أحكم بينهم بما أنزل الله** ﴾[3] ولأنه يجب الذبُّ عنهم كالمسلمين . والثاني : لا يجب ، لكن لا

---

(١) عبارة الشيخ في كتاب الرهن وعلى هذا القياس نظائر المسألة كما إذا تبايع مشركان درهماً بدرهم وسلم الزيادة من التزمها ثم أسلمها فإن قصد تسليمه عن الأصل فلا شيء عليه وإن قصد تسليمه عنها وزع عليهما وسقط ما بقي من الزيادة وإن لم يقصد شيئاً ففيه الوجهان أي فيما إذا كان عليه دينان فأدى ولم يقصد أحدهما بعينه ولم يقصدهما بل لم يقصد شيئاً والأصح أنه يراجع فيصرفه إليهما أو إلى ما شاء منهما وتستفاد هذه المسألة من كتاب الرهن فإن الشيخ لم يذكرها هنا .

(٢) قال في المهمات : سيأتي ما يشكل عليه في الباب الثالث من الصداق أي وهو قول الشيخ المصنف لو نكح ذمية على أن لا مهر لها وترافعا إلينا حكمنا بحكمنا على المسلمين .
قال الشيخ البلقيني : الذي يظهر في الجمع بينهما أن الكلام هنا إذا حصل إسلام وهناك فيما إذا لم يحصل أو المذكور هنا فيما إذا اعتقدوا أن لا مهر بحال بخلاف ذلك وأجاب في الخادم بوجوه :
أحدها : أن مسألة الصداق في الذميين وهذه في الحربيين وهو وإن أطلق الكافر هنا لكن يجب تنزيله على الحربي لأجل ذلك .
ثانيها : أن صورة المسألة إذا حصل إسلام وهناك إذا لم يحصل وهو جواب شيخه البلقيني ثم ذكر جواب شيخه البلقيني الثاني الذي تقدم .

(٣) سورة المائدة الآية (٤٩) .

نتركهم على النزاع ، بل نحكم أو نردهم إلى حاكم ملتهم[١] ، ورجحه الشيخ أبو حامد وابن الصباغ . وقيل : يجب الحكم بينهم في حقوق الله تعالى ، والقولان في غيرها لئلا تضيع ، وقيل : عكسه والأصح طردهما في الجميع . وإن كانا مختلفي الملة ، كيهودي ونصراني ، وجب الحكم على المذهب ، لأن كُلًّا لا يرضى بملة صاحبه . وقيل بالقولين .

ولو ترافع معاهدان ، لم يجب الحكم قطعاً ، وإن اختلف ملتهما ، لأنهم لم يلتزموا حكمنا ، ولم نلتزم دفع بعضهم عن بعض . وقيل : هما كالذميين . وقيل : إن اختلف ملتهما ، وجب ، والمذهب الأول .

ولو ترافع ذمي ومعاهد ، فكالذميين . وقيل : يجب قطعاً . وإن ترافع مسلم وذمي أو معاهد ، وجب قطعاً .

فرع : قال الأصحاب على اختلاف طبقاتهم : إن قلنا : وجب الحكم بين الكافرين ، فاستعدى خصم على خصم ، وجب إعداؤه وإحضار خصمه ليحكم بينهما ، ولزم المستعدى عليه الحضور . وإن قلنا : لا يجب الحكم ، لم يجب الإعداء ، ولا يلزمه الحضور ، ولا يحضر قهراً . قال البغوي وغيره : ولو أقر ذمي بالزنا ، أو سرقة مال مسلم أو ذمي ، حد قهراً إن أوجبنا الحكم بينهم ، وإلا ، فلا يحد إلا برضاه ، فاعتبر الأصحاب الرضى على قول عدم الوجوب ، ولم يعتبروه على قول الوجوب . وأما قول الغزالي : لا يجب الحكم إلا إذا رضيا جميعاً ، فمردود مخالف لما عليه الأصحاب .

فرع : سواء أوجبنا الحكم بينهم ، أم لا ، وإنما نحكم بحكم الاسلام . وإذا تحاكموا في أنكحتهم ، فنقر ما نقره لو أسلموا ، ونبطل ما لا نقره لو أسلموا .

---

(١) لقوله تعالى : ﴿ فإن جاؤوك فاحكم بينهم أو أعرض عنهم ﴾ .

وأجاب الأول بأن صح عن ابن عباس أن هذه الآية منسوخة بالأولى رواه الطبراني ، ومنهم من حمل الأولى على الذميين والثانية على المعاهدين فلا يجب الحكم بينهم على المذهب وهذا أولى من النسخ .

تنبيه : يستثنى من إطلاقه ما لو ترافع إلينا أهل الذمة في شرب الخمر فإنهم لا يحدون وإن رضوا بحكمنا لأنهم لا يعتقدون تحريمه .

قاله الرافعي في باب حد الزنا ، وأسقطه المصنف رحمه الله ها هنا .

فإذا نكح بلا ولي وشهود ، أو ثيباً بلا إذنها أو معتدة منقضية العدة عند الترافع وترافعا ، حكمنا بالتقرير والنفقة . فلو كانت بعد في العدة ، أبطلناه ولم نوجب نفقة ولو نكح مجوسي محرماً ، وترافعا في النفقة ، أبطلناه ولا نفقة[١] . ولو طلبت مجوسية النفقة من الزوج المجوسي أو اليهودي ، فوجهان ، وكذا في تقريرهما على النكاح . أصحهما : التقرير والحكم بالنفقة ، كما لو أسلما والتزما الأحكام . ووجه المنع ، أنه لا يجوز نكاحها في الاسلام .

ولو جاء كافر تحته أُختان ، وطلبوا فرض النفقة ، قال الامام : فيه تردد ، لأنا نحكم بصحة نكاحهما ، وإنما تندفع إحداهما بالاسلام . قال : والذي أدى القطع به المنعُ ، لقيام المانع ، وحيث لا نقرر في هذه الصور ، فهل يعرض القاضي المرفوع إليه عنهما ، أم يفرق بين الزوجين ؟ فيه وجهان . أصحهما عند الامام : الاعراض ، وإنما يفرق إذا رضوا بحكمنا . ووجه التفريق ، لأنهم بالترافع أظهروا ما يخالف الاسلام ، كما لو أظهروا الخمر .

فرع : إذا التمسوا من حاكم المسلمين ابتداء نكاح ، أجاب إن كانت المرأة كتابية ولم يكن لها ولي كافر ، ولا يزوج إلا بشهود مسلمين .

فرع : قال المتولي : لو لم يترافع إلينا المجوس، لكن علمنا فيهم من نكح محرماً ، فالمشهور أنه لا يتعرض لهم . وحكى الزبيري قولاً ، إن الامام إذا عرف ذلك ، فرق بينهما كما لو عرف أن المجوسي نكح مسلمة أو مرتدة .

الطرف الثاني : فيما إذا أسلم وتحته عدد من النسوة ، لا يجمع بينهن في الاسلام[٢] ، وفيه صور .

---

(١) وإن نكح المجوسي محرماً ولم يترافعا إلينا لم يعترض عليهما لأن الصحابة رضي الله عنهم عرفوا من حال المجوس أنهم ينكحون المحارم ولم يعترضوهم فإن ترافعا إلينا في النفقة أبطلنا نكاحهما ولا نفقة لأنهما بالترافع أظهرا ما يخالف الإسلام .

(٢) لقول النبي ﷺ لغيلان الثقفي « أمسك أربعاً وفارق سائرهن » أخرجه أحمد في المسند حديث (٤٦٠٩ ، ٤٦٣١) .

والترمذي في النكاح / باب : ما جاء في الرجل يسلم وعنده عشر نسوة . حديث (١١٢٨) وابن ماجة في النكاح حديث (١٩٥٣) وصححه ابن حبان حديث (١٢٧٧) .

الأولى[١] : أسلم وتحتـه أكثر من أربـع نسـوة ، وأسلمن معـه أو تخلفن وهن كتابيات ، اختار أربعاً منهن[٢] ، واندفع في نكاح الباقيات . وإن كن مجوسيات أو وثنيات وهن مدخول بهن ، فتخلفن ثم أسلمن قبل انقضاء العدة من وقت إسلام الزوج ، فكذلك الحكم ، وسواء في هذا كله نكحهن معاً أو مرتباً . وإذا نكحهن مرتباً ، فله إمساك الأخريات ومفارقة الأوليات . وإذا أسلم على أكثر من أربع وهن غير مدخول بهن ، وأسلمن معه أربع ، تقرر نكاحهن ، وارتفع نكاح الباقيات . ولو كان دخل بهن ، فاجتمع إسلامه وإسلام أربع فقط في العدة ، تعين للنكاح ، حتى لو أسلم أربع من ثمان وانقضت عدتهن ، أو متن في الاسلام ثم أسلم الزوج وأسلمت الباقيات في عدتهن ، تعينت الأخريات .

ولو أسلم أربع ، ثم أسلم الزوج قبل انقضاء عدتهن ، وتخلفت الباقيات حتى انقضت عدتهن من وقت إسلام الزوج ، أو متن على الشرك ، تعينت الأوليات .

ولو أسلم أربع ، ثم أسلم الزوج قبل انقضاء عدتهن ، ثم أسلم الباقيات قبل انقضاء عدتهن من وقت إسلام الزوج ، اختار أربعاً من الأوليات والأخريات كيف شاء . فإن ماتت الأوليات أو بعضهن ، جاز له اختيار الميتات ، ويرث منهن[٣] .

فرع : قبل كافر لابنه الصغير نكاح أكثر من أربع نسوة ، ثم أسلم وأسلمن ، اندفع نكاح الزيادة على أربع ، لكن لا يختار الصبي ولا الولي ، لأنه خيار شهوة ، فيوقف حتى يبلغ ، ونفقتهن في مال الصبي لحبسهن عليه ، وكذا لو أسلم رجل وجن قبل الاختيار .

الصورة الثانية : أسلم وتحته أم وبنتها ، نكحهما معاً أو مرتباً وأسلمتا ، أو لم تسلما وهما كتابيتان ، فإن كان دخل بهما ، حرمتا أبداً ، ولكل واحدة مسماها إن جرت تسمية صحيحة ، وإلا ، فمهر المثل . وإن لم يدخل بواحدة منهما ، فهل تتعين البنت للنكاح ويندفع نكاح الأم ، أم يتخير إحداهما ؟ قولان .

---

(١) في « ط » الصورة الأولى .

(٢) وعبر في المنهاج باللزوم فأوهم إيجاب العدد وليس مراداً بل المراد أن أصل الاختيار واجب لئلا يستديم ما حظره الشرع وأما إمساك أربع فجائز لا أنه يلزمه ذلك .

(١) في « ط » منهم .

أظهرهما عند الأكثرين : الأول ، وهما مبنيان عند الجمهور على صحة أنكحتهم . إن صححناها ، تعينت البنت ، وحرمت الأم أبداً ، وإلا ، تخير . فإن اختار البنت ، حرمت الأم أبداً ، وإن اختار الأم ، اندفعت البنت ، لكن لا تحرم مؤبداً إلا بالدخول بأمها . وأما المهر ، فقال ابن الحداد : إن خيرناه ، فللمفارقة نصف المهر ، لأنه دفع نكاحها بإمساك الأخرى . وإن قلنا : تتعين البنت ، فلا مهر للأم ، لاندفاع نكاحها بغير اختياره . وقال القفال وغيره : الحكم بالعكس ، إن خيرناه ، فلا مهر للمفارقة ، لأن التخيير يبنى على فساد نكاحهم ، فالمفارقة كأنه لم ينكحها ، حتى جوز الأصحاب لابنه وأبيه نكاحها تفريعاً على هذا القول . وإذا لم يكن نكاح ، فلا مهر . وإن عينا البنت ، فللأم نصف المهر ، لصحة نكاحها واندفاعه بالاسلام . ومال الامام إلى أنه لا مهر على هذا القول أيضاً ، لأنه صح نكاح البنت ، فتصير الأم محرماً ، وإيجاب المهر للمحرم بعيد ، وقد سبق نظير هذا . وإن دخل بالبنت فقط ، ثبت نكاحها ، وحرمت الأم أبداً ، ولا مهر لها عند ابن الحداد ، ولها نصفه عند القفال إن صححنا أنكحتهم . وإن دخل بالأم فقط ، حرمت أم البنت أبداً . وهل له إمساك الأم ؟ يبنى على القولين إذا لم يدخل بواحدة . إن خيرناه أمسكها ، وإلا ، فلا ، ولها مهر المثل بالدخول .

الثالثة[1] : سبق أنه لو أسلم وتحته أمة ، وأسلمت معه ، فله إمساكها إن كان يحل له نكاح الأمة ، وإلا ، فلا . فلو تخلفت ، نظر ، إن كان قبل الدخول ، تنجزت الفرقة كتابية كانت أو غيرها ، لأن المسلم لا ينكح الأمة الكتابية ، وإن كان بعد الدخول ، وجمعت العدة إسلامهما ، فهو كما لو أسلمت معه . وإن كانت كتابية ، وعتقت في العدة ، فله إمساكها . وإن لم تسلم ، ولا عتقت ، أو كانت وثنية ، ولم تسلم إلى انقضاء العدة ، تبينا اندفاع النكاح من وقت إسلامه . وإن كان تحته إماء ، فأسلم وأسلمن معه ، اختار واحدة منهن إن كان ممن تحل له الأمة عند اجتماع اسلامه وإسلامهن ، وإلا ، فيندفع نكاحهن ، سواء سبق إسلامه أو سبقنه . ولو أسلم وتحته ثلاث ، فأسلمت معه واحدة وهو معسر خائف من العنت ، ثم أسلمت الثانية في عدتها وهو موسر ، ثم أسلمت الثالثة وهو معسر خائف من العنت ،

---

(١) في « ط » الصورة الثالثة .

فإن قلنا بالأصح : إن اليسار إنما يؤثر في اندفاع النكاح إذا اقترن بإسلامهما ، اندفع نكاح الثانية ، لفقد الشرط عند اجتماع إسلامه وإسلامها ، ويخير بين الأولى والثالثة . وإن قلنا : يؤثر عند اسلامه فقط ، لم تندفع الثانية ، بل تدخل في التخيير .

فرع : أسلم وتحته إماء ، وأسلمت معه إحداهن ، فله أن يختارها ، وله أن ينتظر الباقيات . فإن أصررن على الشرك ، تبينا أنهن بنَّ وقت إسلامه ، وأن عدتهن انقضت . وإن أسلمن في العدة ، نظر ، إن كان اختار المسلمة أولاً ، كانت بينونتهن باختياره إياها . وإن لم يكن اختارها ، اختار إحداهن ، واندفع الباقيات . وإن طلق المسلمة أولاً ، كان الطلاق متضمناً اختيارها . ثم إن أصر الباقيات حتى انقضت عدتهن ، بان أنهن بِنّ باختلاف الدِّين [فإن][1] أسلمن في العدة ، بان أنهن بِنَّ من وقت الطلاق فإنه وقت الاختيار . وإن فسخ نكاح المسلمة أولاً ، لم ينفذ ، لأنه إنما يفسخ الزائد ، وليس في الحال زيادة ، ثم إن أصررن ، اندفعن باختلاف الدين ، ولزم نكاح الأولى . وإن أسلمن في العدة ، اختار من شاء من الجميع . وقيل : لا يجوز اختيار الأولى ، بل نتبين نفوذ فسخه فيها ، والصحيح الأول .

الصورة الرابعة : أسلم وفي نكاحه حرة وأربع إماء مثلاً ، وأسلمن ، نظر ، إن أسلمت الحرة معه ، أو كانت مدخولاً بها وأسلمت قبل انقضاء عدتها ، تعينت ، واندفع الإماء ، سواء أسلمن قبله وقبل الحرة أو بعدهما في العدة أو بينهما . وإذا تأخر إسلامهن ، فإن أسلمن في العدة ، بِنَّ من وقت اجتماع إسلام الزوج والحرة ، وعدتهن من ذلك الوقت . وإن لم يسلمن حتى انقضت العدة ، فبينونتهن باختلاف الدين . وإن لم يجتمع اسلام الحرة وإسلامه في العدة ، بأن أسلم الزوج ، وأصرت هي إلى انقضاء العدة ، أو ماتت في العدة ، أو أسلمن أولاً وتخلف الزوج حتى انقضت عدتها أو ماتت ، فالحكم كما لو لم يكن تحته حرة ، فيختار واحدة من الاماء على التفصيل السابق ، وفي مدة تخلف الحرة المدخول بها ، لا يختار واحدة من الاماء ، سواء أسلمن معه أو بعده في العدة حتى يئس منها بالموت أو انقضاء العدة . فإن اختار واحدة قبل اليأس ، ثم ماتت الحرة ، أو انقضت عدتها وهي مصرة ، فالمذهب أنه يجب اختيار جديد ، ولا يتبين صحة ذلك الاختيار . هذا كله إذا لم يطرأ عتق الاماء ،

---

(١) في « ط » وإن .

فإن طرأ قبل اجتماع إسلامه وإسلامهن بأن عتقن ثم أسلم وأسلمن ، أو أسلمن ثم عتقن ثم أسلم ، أو أسلم وعتقن ثم أسلمن ، التحقن بالحرائر الأصليات ، حتى لو أسلمت الحرة ثم أسلمت الاماء المتخلفات بعد عتقهن ، فهو كما لو أسلم على حرائر ، فيختار من الجميع أربعاً كيف شاء . وحكى ابن القطان وجهاً فيما إذا أسلم وتحته حرائر وإماء ، فعتق الاماء ثم أسلمن ، أنه لا يجوز إلا اختيار الحرائر الأصليات ، وهذا ضعيف .

ولو تخلفت الحرة ، واجتمع إسلامه وإسلامهن وهن عتيقات ، فله أن يختارهن . ثم إن أسلمت الحرة المتخلفة في العدة ، بانت باختياره الأربع . وإن لم تسلم ، بانت باختلاف الدين .

وإن أخر الاختيار انتظاراً لإسلام الحرة الأصلية المتخلفة ، فقال الشيخ أبو حامد : هو جائز . قال ابن الصباغ : عندي أنه لا معنى لتأخير اختيار الجميع ، لأنه يلزمه نكاح ثلاث منهن لا محالة ، فيختار ثلاثاً . ثم إن أسلمت المتخلفة في العدة ، اختارها أو الرابعة من العتيقات . وإن لم تسلم ، لزمه نكاح الرابعة من العتيقات .

ولو أسلم وليس في نكاحه إلا إماء ، وتخلفن وعتقن ثم أسلمن في العدة ، اختار منهن أربعاً كالحرائر الأصليات .

ولو أسلمن معه إلا واحدة ، ثم أسلمت المتخلفة في العدة بعدما عتقت ، تعينت للنكاح كالحرة الأصلية . ولو كان تحته أربع إماء ، فأسلم معه ثنتان ، وتخلف ثنتان ، فعتقت واحدة من المتقدمتين وأسلمت المتخلفتان على الرق ، اندفعتا ، لأن تحت زوجهما عتيقة ، ولا تندفع الرقيقة المتقدمة ، لأن عتق صاحبتها كان بعد اجتماع إسلامها وإسلام الزوج ، فلا يؤثر في حقها ، فيختار واحدة من المتقدمتين[1] ولو كان تحته إماء ، فأسلم الزوج مع واحدة ، ثم عتقت ، ثم عتق

---

(١) قال الشيخ البلقيني : اتبع في ذلك الغزالي ، وقال ابن الصلاح في كلامه على الوسيط : استقر الرأي بعد البحث والتنقيب على الحكم على الغزالي بأنه ساه في هذه المسألة على المذهب هنا ، وفي البسيط والوجيز وليس كذلك اختياراً له تعمده فما هكذا تذكر الاختيارات ، وصوابه أنه لا يندفع نكاح المتخلفتين بل يتخير بين الأربع لأن عتق إحدى المتقدمتين كان بعد اجتماعهما على الإسلام والقاعدة المقررة أن مثل هذا العتق لا يجعلها كالحرائر بل يبقي حكمها حكم الإماء في حقها وفي حق غيرها =

الباقيات ، ثم أسلمن ، اختار أربعاً منهن ، لالتحاقهن بالأصليات ، وليس له اختيار الأولى ، لأنها كانت رقيقة عند اجتماع الإسلامين .

ولو كان تحته أربع إماء ، فأسلم معه اثنتان ، ثم عتقتا وعتقت المتخلفتان ، ثم

= وكان منشأ السهو أنه سبق وهمه إلى أنه لما كان عتق المتقدمة واقعاً قبل اجتماع الزوج والمتخلفتين في الإسلام التحقت بالحرائر في حق المتخلفتين وهذا خطأ لأن الاعتبار في ذلك باجتماع العتيقة نفسها والزوج في الإسلام لا باجتماع غيرها والزوج وهذه العتيقة كانت رقيقة عند اجتماعها هي والزوج في الإسلام فكان حكمها حكم الإماء في حقها وحق غيرها . انتهى كلام ابن الصلاح وهو الصواب ، ونحن نذكر نقولاً تصرح بما قاله .

قال الفوراني في الإبانة : ولو أسلم وتحته إماء وأسلمت معه واحدة ثم عتقت ثم أسلم البواقي يخير بين الكل لأنها في حالة الاجتماع في الإسلام كانت أمة . هذا كلام الفوراني . انتهى كلام الشيخ البلقيني ورد الشيخ السبكي ما قاله ابن الصلاح وقرر ما ذكره الشيخان تبعاً للغزالي أحسن تقرير ووافقه الزركشي في الخادم وأخذ كلامه وزاد عليه ، ولنذكر كلام الخادم فقال بعد ذكر ما قاله ابن الصلاح : والصواب ما قاله الغزالي والرافعي من النظر إلى حال اجتماع إسلامه وإسلامها وقد قرره جماعة من المحققين المتأخرين بما يتحصل منه وجوه كثيرة : أخذها من كلام الشافعي بجعله اليسار الطارىء فيما إذا أسلم على أمة وهو معسر ثم أيسر ثم أسلمت أخرى وهو موسر أنه يندفع نكاحها فجعل الشافعي اليسار وإن طرأ بعد اجتماع إسلامه وإسلامها .

الثاني : القاعدة أنه إذا اقترن بحالة الإسلام ما يمنع ابتداء النكاح امتنع التقرير وحال إسلام المتخلفتين اقترن به عتق إحدى المتقدمتين وهي بالغة من ابتداء النكاح على الرقيقتين ، ثم لا يقال هذا إذا اقترن بحال إسلامه وحال إسلامها لم يكن تحته حرة لأنه لو كان كذلك لكان إذا أسلم وتحته حرة ، وإماء وأسلمت الحرة معه يندفع نكاح الإماء بمجرد ذلك لأنه حينئذ يمتنع عقده على الإماء وليس كذلك بل ينتظر زمان العدة فإذا أسلمت الإماء فيه بعدما عتقن فيتخير . وهذا يدلك على أنه لا بد من النظر إلى إسلام الزوجة أيضاً فما كان مانعاً عنده من الابتداء منع الدوام كما قاله الغزالي . وهذا بين لا شك فيه وقد صرح الأصحاب بأن الاعتبار بحالة الاختيار وهي حالة اجتماع إسلامه وإسلام من يختارها والمتخلفات لم يجتمع إسلامها مع إسلامه إلا وهو قادر على حرة فلا يكون له أن يختار إلا واحدة منهما وهذا ظاهر لا شك فيه إلى أن قال وقول الأصحاب أن حدوث العتق بعد الإسلام لا أثر له يريدون به في الماضي بالنسبة إلى ما تقدم إسلامه من الزوجات أما بالنسبة إلى الباقي فلا ، والإمام والفوراني تمسكا بذلك الإطلاق وليس كذلك ولا دليل يعضده ونحن إنما نقول لا أثر له في الماضي ولا أثر له في المستقبل لما ذكرنا من الضابط طرداً وعكساً .

الثالث : أنه لو كان تحت العبد إماء فأسلمت معه واحدة ثم عتق ثم أسلمت الباقيات لا يختار إلا واحدة وتتعين التي سبق إسلامها بخلاف الحر إذا كان تحته إماء فأسلم الحر وأسلمت الإماء على الترتيب لا يتعين الأولى للإمساك كذا نقله الرافعي عن التهذيب واقتضى إيراده نسبته إلى الأصحاب وهو يريد كلام الغزالي والرافعي هنا لأنهم جعلوا العتق الطارىء على العبد بعد إسلامه كالحرية الأصلية بالنسبة إلى المستقبل ودفعوا به نكاح الإماء اللاتي أسلمن بعده وعينوا المسلمة قبله للنكاح .

أسلمتا ، تعين إمساك الأخريين ، واندفعت المتقدمتان . ولو أسلم الزوج وتخلفن ، ثم عتقت اثنتان ، ثم أسلمتا وأسلمت الأخريان ، ثم عتقتا ، تعين إمساك الأوليين ، واندفعت المتأخرتان . والنظر في جميع ذلك إلى حالة اجتماع الإسلامين ، لأنه حالة إمكان الاختيار .

فصل : عتق الامة تحت عبد، يثبت لها الخيار في فسخ النكاح كما سيأتي في الباب الآتي إن شاء الله تعالى . والغرض هنا بيان عتق المشركة مع إسلامها ، فإذا نكح عبدٌ كافر أمة ، ثم أسلمتا وعتقت ، نظر ، إن عتقت بعد اجتماع الإسلامين ، فهي كسائر الاماء يعتقن تحت العبيد ، وليس هذا من صور الفصل ، وإن عتقت قبل اجتماع الاسلامين وهي مدخول بها ، فلها حالان .

أحدهما : أن تسلم هي أولاً وتعتق ، ويتخلف الزوج ، فليس لها الاجازة ، سواء عتقت ثم أسلمت ، أو أسلمت ثم عتقت ، لأنها معرضة للبينونة ، ولا يبطل بهذه الاجازة حقها من الفسخ . وإن اختارت الفسخ في الحال ، جاز ، فإذا فسخت ، فإن أسلم الزوج قبل انقضاء مدة عدتها ، فعدتها من وقت الفسخ ، وتعتد عدة حرة ، فإن لم تسلم حتى انقضت مدة عدتها ، فعدتها من وقت إسلامها . ويلغو الفسخ بحصول الفرقة قبله ، وتعتد عدة حرة إن عتقت ثم أسلمت . وإن أسلمت ثم عتقت ، فهي أمة عتقت في أثناء عدتها ، فهل تعتد عدة حرة ، أم عدة أمة ؟ فيه طريقان ، أقربهما إلى نص الشافعي رضي الله عنه وبه قطع في « الشامل » وغيره : أنها كالرجعية تعتق في أثناء العدة ، والمذهب فيها الاقتصار على عدة أمة ، وموضع بيانهما « كتاب العدد »[1] . ولو أرادت تأخير الفسخ إلى أن تبين حال الزوج ، جاز ،

---

(١) قال في الخادم : هذا مخالف لما قاله في كتاب العدد من أن الرجعية ينتقل إلى عدة الحرائر والموقع للنووي في ذلك سقوط سطر من كلام الرافعي في النسخة التي اختصر منها أو انتقال نظره من لفظة إلى مثلها . وعبارة الرافعي فيه طريقان للأصحاب أقربها إلى قضية نص الشافعي وهو الجواب في الشامل وغيره أنها كالرجعية تعتق في أثناء العدة والأظهر أنها تكمل عدة الحرائر . والثاني : أنها كالبائنة تعتق في أثناء العدة والأظهر فيها الاقتصار على عدة الإماء وذكر مثله في الشرح وقال عن الطريقة الأولى أنها أقواهما ولم يعزه إلى أحد فسقط من نسخة الشيخ محيي الدين من قوله العدة إلى العدة ولزم من ذلك الخلل . انتهى ما أردته منه ووقفت على نسختين من الرافعي إحداهما كما في الروضة والثانية كما ذكره صاحب الخادم .

ولا يبطل خيارها ، كالرجعية إذا عتقت في العدة والزوج رقيق . ثم إن لم يسلم الزوج حتى انقضت مدة العدة ، سقط الخيار ، وعدتها من وقت إسلامها وهي عدة حرة إن عتقت ثم أسلمت ، وإن أسلمت ثم عتقت ، فهل هي عدة حرة ، أم أمة ؟ فيه الطريقان . وإن أسلم الزوج ، فلها الفسخ ، وتعتد من وقت الفسخ عدة حرة .

الحال الثاني : أسلم وتخلفت ، فلها الخيار على الصحيح ، لتضررها برقه وقيل : لا خيار لها ، لأن خيار العتق من أحكام الاسلام ، وهي كافرة ، فلا يثبت لها . فإذا قلنا بالصحيح ، فلها تأخير الفسخ والاجازة ، ثم إن أسلمت قبل مضي العدة وفسخت ، اعتدت من وقت الفسخ عدة حرة . وإن لم تسلم حتى انقضت ، تبينا حصول الفرقة من وقت إسلام الزوج . وهل تعتد عدة حرة ، أم أمة ؟ فيه الطريقان . وهنا أولى بإلحاقها بالأمة ، لأنها بائن ليس بيد الزوج من أمرها شيء .

ولو أجازت قبل أن تسلم ، لم تصح إجازتها على الصحيح ، لأنها معرضة للبينونة .

ولو فسخت ، نفذ الفسخ على الصحيح وقول الأكثرين ، كالحالة الأولى . وقيل : لا ينفذ ، وبه قال ابن سلمة . وهو ظاهر نقل المزني ، لكنه مؤوَّل عند الجمهور .

فرع : أسلم الزوج الرقيق ، هل لزوجته الكافرة خيار ؟ وجهان . أصحهما على ما قال الامام والمتولي : لا ، لأنها رضيت برقه ولم يحدث فيها عتق ، والثاني : نعم ، وهو ظاهر نصه ، لأن الرق نقص في الاسلام ، وليس كبير نقص في الكفر[1] قال الداركي : الخلاف في أهل الحرب ، أما الذمية مع الذمي ، فلا خيار لها قطعاً ، لأنها رضيت بأحكامنا .

واعلم أن الوجهين جاريان سواء كانت الزوجة حرة أو أمة ، وسواء أسلمت أو لم تسلم إذا كانت كتابية ، كذلك قال البغوي وغيره ، وفي « الوسيط » ذكر الوجهين فيما إذا أسلمت الحرة ، وليس هو بقيد ، فاعلم ذلك .

فصل : العبد الكافر ، إذا أسلم وتحته أكثر من امرأتين ، فأسلمن معه أو

---

(١) عبارة الشرح الصغير أظهرهما المنع وهو المذكور في الكتاب ولم يعلق الترجيح على أحد .

بعده في العدة ، ان دخل بهن ، اختار ثنتين منهن ، سواء كن حرائر أو إماءً . فإن شاء ، اختار حرتين ، أو حرة وأمة . وإن سبقن بالاسلام ، ثم أسلم في العدة ، فكذلك . ولو طرأ عتقه ، نظر ، إن عتق بعد اجتماع الاسلامين ، لم يؤثر عتقه في زيادة العدد ، فلا يزيد على ثنتين . وإن عتق قبل الإسلامين ، بأن عتق قبل إسلامه وإسلامهن ، أو بينهما ، تقدم إسلامه أو تأخر ، فله حكم الأحرار ، وللزوجات ثلاثة أحوال .

أحدها : أن يتمحضن حرائر ، فيختار أربعاً منهن .

ولو أسلم منهن ثنتان معه ، ثم عتق ثم أسلم الباقيات ، فليس له إلا اختيار ثنتين ، إما الأوليين ، وإما ثنتين من الباقيات ، وإما واحدة منهما وواحدة منهن . ولو أسلمت معه واحدة ، ثم عتق ، ثم أسلمت الباقيات ، فله اختيار أربع ، لأنه لم يكمل بإسلام الواحدة عدد العبيد . وحكى ابن القطان وجهاً أنه لا يختار إلا ثنتين ، وهو غريب ضعيف .

الحال الثاني : أن يتمحضن إماءً . فإن كن قد عتقن عند اجتماع الإسلامين ، اختار منهن أربعاً ، وإلا ، فلا يختار إلا واحدة بشرط الاعسار وخوف العنت . ولو كان تحته أربع إماءً ، فأسلمت معه اثنتان ، ثم عتق ، ثم أسلمت المتخلفتان ، لم يختر إلا اثنتين ، لأنه وجد كمال عدد العبيد قبل العتق ، ويجوز اختيار الأوليين ، لأنه كان رقيقاً عند اجتماع إسلامه وإسلامهما ، ولا يجوز اختيار الأخريين على الصحيح ، وجوزه القاضي حسين ، ولا يجوز اختيار واحدة من الأوليين وواحدة من الأخريين على الأصح ولو أن المتخلفتين عتقتا بعد عتقه ثم أسلمتا ، فله اختيارهما ، وله اختيار واحدة منهما ، وواحدة من الأوليين لأنهما حرتان عند اجتماع الاسلام ، فصار كما لو كان تحته أربع حرائر ، فأسلم معه ثنتان ثم عتق ، ثم أسلمت الآخرتان ، فإنه يختار ثنتين كيف شاء .

ولو أسلمت معه واحدة من الاماء الأربع ، ثم عتق ، ثم أسلمت البواقي ، قال المتولي : لا يختار إلا واحدة على الصحيح ، وبهذا قطع البغوي ، لكن قياس الأصل السابق جواز اختيار ثنتين ، لأنه لم يستوف عدد العبيد قبل العتق . فإذا قلنا : لا يختار إلا واحدة ، تعينت الأولى ، كذا قاله المتولي والبغوي : قال المتولي : وعلى

طريقة القاضي يختار واحدة من الجملة ، وعكس الامام فحكى عن القاضي أن الأولى تتعين . وعن سائر الأصحاب أنه يختار واحدة من الجملة ، قال : وقول القاضي هفوة منه .

ولو عتقت البواقي بعد إسلام الواحدة معه ، ثم أسلمن ، قال البغوي : له إمساك الجميع ، لأنه لم يستوف عدد الرق قبل العتق ، فله إمساك الأولى ، لأنه كان رقيقاً عند اجتماع إسلامه وإسلامها ، والبواقي كن حرائر عند اجتماع إسلامه وإسلامهن ، فله إمساكهن ، لأن ادخال الحرائر على الإماء جائز .

الحال الثالث : إذا كن حرائر وإماءً ، اندفعت الإماء ، ويختار أربعاً من الحرائر إن زدن على الأربع ، وإلا ، فيمسكهن .

ولو كان تحته حرتان وأمتان ، فأسلم معه حرة وأمة ، ثم عتق ثم أسلمت المتخلفتان ، لم يختر إلا اثنتين ، لاستيفاء العدد قبل العتق ، وله اختيار الحرتين ، واختيار الأمة الأولى مع الحرة ، وليس له اختيار الثانية مع حرة .

الطرف الثالث : في ألفاظ الاختيار وأحكامه .

أما ألفاظه ، فكقوله : اخترت نكاحك ، أو تقرير نكاحك ، أو حبسك ، أو عقدك ، أو اخترتك ، أو أمسكتك ، أو أمسكت نكاحك ، أو ثبت نكاحك أو ثبتك ، أو حبستك على النكاح . وكلام الأئمة يقتضي أن جميع هذا صريح ، لكن الأقرب أن يجعل قوله : اخترتك وأمسكتك من غير تعرض للنكاح كناية[1] .

ولو كان تحته ثمان مثلاً ، وأسلمن معه ، فاختار أربعاً منهن للفسخ وهو يريد حله بلا طلاق ، لزم نكاح الباقيات وإن لم يتلفظ فيهن بشيء .

ولو قال لأربع : أريدكن ، ولأربع : لا أريدكن ، قال المتولي : يحصل التعيين بذلك . وقياس ما سبق حصول التعيين بمجرد قوله : أريدكن[2] .

(١) وقال الخطيب : ومقتضى هذا صحة الاختيار بالكناية وهو كذلك وإن منعه الماوردي والروياني ، وقال إنه كابتداء النكاح .
قال ابن الرفعة : وينبغي إذا جعل كاستدامته أن يكون على الخلاف في حصول الرجعة بالكناية .

(٢) وألفاظ الفسخ كفسخت نكاحها أو رفعته أو أزلته ، وبالكناية كصرفتها .

فروع : الفرع الأول : طلق واحدة منهن ، أو أربعاً ، كان تعييناً للنكاح ، لأن المنكوحة هي التي تخاطب بالطلاق ، فتندفع الأربع المطلقات بالطلاق ، والباقيات بالفسخ بالشرع .

ولو طلق أربعاً غير معينات، أمر بالتعيين. فإذا عين ، فالحكم ما ذكرنا ، هذا هو الصحيح الذي قطع به الجمهور . وفي « التتمة » وجه : أن الطلاق ليس تعييناً للنكاح .

ولو آلى أو ظاهر من واحدة أو عدد، فوجهان. أحدهما: أنه تعيين لنكاحهن، وأصحهما : لا ، لأن الأجنبية تخاطب به ، بل هو بها أليق . فعلى هذا ، إن اختار مَن ظاهر منها ، أو آلى للنكاح ، صح الظهار والإيلاء ، ويكون ابتداء مدة الإيلاء من وقت الاختيار ، ويصير عائداً إن لم يفارقها في الحال .

ولو قذف إحداهن ، لزمه الحد إن كانت محصنة ، ولا يسقط إلا بالبينة إن اختار غير المقذوفة ، وإن اختارها ، سقط بالبينة وباللعان .

الثاني[١] : قال : فسخت نكاح هذه ، أو هؤلاء الأربع ، أو قال : اخترت هذه للفسخ ، أو هذه للفسخ من غير لفظ « اخترت » فإن أراد الطلاق ، فهو اختيار للنكاح ، وإن أراد الفراق ، أو أطلق ، فهو اختيار للفسخ .

ولو قال لواحدة : فارقتك ، فالأصح أنه فسخ، وبه قال الشيخ أبو حامد ، ورجحه ابن الصباغ والمتولي وغيرهما . وعن القاضي أبي الطيب أنه كقوله : طلقتك ، لأنه من صرائح الطلاق .

الثالث[٢] : لو اختار الجميع للنكاح أو الفسخ ، فهو لغو ، ولو طلق الجميع ، وقع على المنكوحات ويعيِّنهن .

الرابع[٣] : قال : إن دخلت الدار فقد اخترتك للنكاح أو للفسخ ، لم يصح ،

---

(١) في « ط » الفرع الثاني .
(٢) في « ط » الفرع الثالث .
(٣) في « ط » الفرع الرابع .

لأن تعليق الاختيار باطل ، فإنه إما كالابتداء ، كالنكاح ، وإما كالرجعة . وقيل : يصح تعليق الفسخ كالطلاق ، وهو ضعيف .

ولو قال : إن دخلت الدار فأنت طالق ، فالصحيح جوازه ، تغليباً لحكم الطلاق ، ويحصل اختيارها ضمناً ، فإنه يحتمل في الضمني ما لا يحتمل استقلالاً .

ولو قال : إن دخلت الدار فنكاحك مفسوخ ، إن أراد الطلاق نفذ ، وإلا لغا .

ولو قال : كلما أسلمت واحدة فقد اخترتها للنكاح ، لم يصح . ولو قال : فقد طلقتها ، صح علي الأصح . ولو قال : فقد فسخت نكاحها ، إن أراد حله بلا طلاق ، لم يجز ، لأن تعليق الفسخ لا يجوز ، وإن أراد الطلاق ، جاز . وإذا أسلمت واحدة ، طلقت وحصل اختيارها ضمناً ، وهكذا إلى تمام الأربع ، وتندفع الباقيات، وفي وجه : لا يصح تفسير الفسخ بالطلاق ، وهو ضعيف .

الخامس[1] : لا يكون الوطء اختياراً للموطوءة على المذهب ، لأن الاختيار هنا كالابتداء ، ولا يصح ابتداء النكاح بل استدامته إلا بالقول ، فإن الرجعة لا تحصل بالوطء . فلو وطىء الجميع وجعلناه اختياراً ، كان مختاراً للأوليات ، وعليه المهر للباقيات ، وإن لم نجعله اختياراً ، اختار أربعاً منهن وغرم المهر للباقيات .

السادس[2] : قال : حصرت المختارات في هؤلاء الست أو الخمس ، انحصرن ويندفع نكاح الباقيات .

فرع : أسلم على ثمان وثنيات ، فأسلم معه أربع ، وتخلف أربع ، فعين الأوليات للنكاح ، صح التعيين ، فإن أصرت المتخلفات ، اندفعن من وقت إسلامه ، وإن أسلمن في العدة ، قال البغوي : تقع الفرقة باختيار الأوليات ، وقال الامام : نتبين اندفاعهن باختلاف الدين ، لكن نتبين تعيينهن من وقت تعيينه للأوليات . وهذا هو الموافق لأصول الباب .

وإن طلق الأوليات ، صح وتضمن اختيارهن ، وينقطع نكاحهن بالطلاق ، ونكاح الأخريات بالفسخ بالشرع .

---

(١) في « ط » الفرع الخامس .

(٢) في « ط » الفرع السادس .

وإن قال : فسخت نكاحهن ، فإن أراد به الطلاق ، فكذلك ، وإن أراد حله بلا طلاق ، فهو لغو ، لأن الحل هكذا إنما يكون فيما زاد على أربع . فإن لم تسلم المتخلفات ، تعين الأوليات ، وإن أسلمن ، اختار من الجميع أربعاً ، وللمسلمات أن يدَّعين : أنك إنما[1] أردت طلاقنا ، ويحلفنه ، وللمتخلفات أيضاً أن يدعين إرادة الطلاق وبينونتهن بالفسخ الشرعي ويحلفنه . وفي وجه : لا يلغو الفسخ ، بل هو موقوف ، إن أصررن حتى انقضت العدة ، لغا ، وإن أسلمن فيها ، تبينا نفوذه في الأوليات ، وتعين الأُخريات للنكاح ، والصحيح الأول . ولو عين المتخلفات للفسخ ، صح ، وتعينت الأوليات للزوجية . وإن عين المتخلفات للنكاح ، لم يصح ، لأنهن وثنيات وقد لا يسلمن . وعلى وجه الوقف : ينعقد الاختيار موقوفاً ، فإن أسلمن ، بانت صحته .

ولو أسلم على ثمان وثنيات ، فتخلفن ، ثم أسلمن متعاقبات في عُددهن ، وهو يقول لكل من أسلمت : فسخت نكاحك ، فإن أراد الطلاق ، صار مختاراً للأوليات ، وإن أراد حله بلا طلاق ، فهو على الصحيح لغو في الأربع الأوليات ، نافذ في الأُخريات ، لأن فسخ نكاحهن وقع وراء العدد الكامل فنفذ . وعلى وجه الوقف : إذا أسلمت الأُخريات ، تبينا نفوذ الفسخ في الأوليات . ولو أسلم معه من الثمان خمس ، فقال : فسخت نكاحهن ، فإن أراد الطلاق ، صار مختاراً لأربع منهن وبنّ بالطلاق ، وعليه التعيين ، وإن أراد حله بلا طلاق ، انفسخ نكاح واحدة لا بعينها ، فإذا أسلمت المتخلفات في العدة ، اختار من الجميع أربعاً .

ولو قال : فسخت نكاح واحدة منكن ، إن أراد الطلاق ، صار مختاراً لواحدة لا بعينها ، فيعينها ويختار للنكاح من الباقيات ثلاثاً . وإن أراد حله بلا طلاق ، انفسخ نكاح واحدة فيعينها ، ويختار من الباقيات أربعاً . وإن انفسخ نكاح اثنتين منهن غير معينتين ، وأراد حله بلا طلاق ، انفسخ نكاح واحدة فيعينها ، ويختار من الباقيات أربعاً . فلو عين ثنتين ، انفسخت واحدة منهما فيعينها ، وله اختيار الأُخرى مع ثلاث أُخر .

ولو اختار الخمس كلهن ، تعينت المنكوحات فيهن ، فيختار منهن أربعاً .

---

(١) في الأصل إن وكذا في هامش « ط » نقلاً عن الأصل .

فصل : أما حكم الاختيار ، فإذا أسلم على أكثر من أربع ، وأسلمن معه أو بعده في العدة ، أو كن كتابيات ، وقعت الفرقة بينه وبين الزيادة على أربع بالاسلام ، ويجب عليه الاختيار والتعيين ، وإن امتنع ، حبس . فإن أصر ولم ينفع الحبس ، عزِّر بما يراه القاضي من الضرب وغيره . وعن ابن أبي هريرة : أنه لا يضرب مع الحبس ، بل يشدد عليه الحبس ، فإن أصر ، عزِّر ثانياً وثالثاً إلى أن يختار . فإن جن أو أغمي عليه في الحبس ، خُلِّي حتى يفيق ، ولا يختار الحاكم عن الممتنع ، لأنه خيار شهوة . قال الامام : وإذا حبس ، لا يعزر على الفور ، فلعله يؤخر ليفكر ، وأقرب معتبر فيه مدة الاستتابة . واعتبر الروياني في الامهال الاستنظار فقال : ولو استمهل ، أمهله الحاكم ثلاثة أيام ولا يزيد ، ويلزمه نفقة جميعهن إلى أن يختار ، لأنهن في حبسه .

فرع : مات قبل التعيين ، فإن لم يكن دخل بهن ، فعلى كل واحدة أن تعتد بأربعة أشهر وعشر ، وإن دخل بهن ، فعدة الحامل بالحمل .

وأما غير الحامل ، فمن كانت من ذوات الأشهر ، اعتدت بأربعة أشهر وعشر ، وإن كانت من ذوات الأقراء ، لزمها الأكثر من ثلاثة أقراء وأربعة أشهر وعشر . ثم الأشهر تعتبر من موته . وفي الاقراء وجهان ، ويقال قولان أحدهما : كذلك ، لأنا لا نتيقن شروعها في العدة قبل ذلك ، وأصحهما : الاعتبار من وقت إسلامهما إن أسلما معاً ، وإلا ، فمن إسلام سابق ؛ لأن الاقراء إنما تجب ، لاحتمال أنها مفارقة بالانفساخ ، وهو يحصل من يومئذٍ .

فرع : مات قبل التعيين ، وقف لهن ربع ماله أو ثمنه ، عائلاً أو غير عائل بحسب الحال إلى أن يصطلحن ، فيقسم بينهن بحسب اصطلاحهن بالتساوي أو التفاضل . وعن ابن سريج : أنه يوزع بينهن ، لأن البيان غير متوقع وهن معترفات بالاشكال ، وبأنه لا ترجيح ، ومال الامام إلى هذا الوجه . والصحيح الذي عليه الجمهور هو الأول ، فإن كن ثمانياً وفيهن صغيرة ، أو مجنونة ، صالح عنها وليها ، وليس له المصالحة على أقل من ثمن الموقوف ، وله المصالحة على الثمن على الأصح . وقيل : لا يصالح على أقل من الربع . ثم المصالحة إذا اصطلحن كلهن ، فلو طلب بعضهن شيئاً بلا صلح ، لم ندفع إلى المطالبة شيئاً إلا باليقين . ففي ثمان

نسوة ، لو طلب أربع منهن ، لم نعطهن ، فإن طلب خمس ، أعطيناهن ربع الموقوف ، وإن طلب ست فنصفه ، وسَبع ، ثلاثة أرباعه ، ولهن قسم ما أخذن والتصرف . وهل يشترط في الدفع أن يبرئن عن الباقي ؟ وجهان . أحدهما : نعم ، ونسبه ابن كج إلى النص لتنقطع الخصومة ، وأصحهما . لا . فعلى الأول ، يعطى الباقي للثلاث ، ويرتفع الوقف ، وكأنهن اصطلحن على القسمة هكذا .

هذا كله إذا علمنا استحقاق الزوجات الإرث .

أما إذا أسلم على ثمان كتابيات ، فأسلم معه أربع ، أو كان تحته أربع كتابيات وأربع وثنيات ، فأسلم معه الوثنيات ، ومات قبل الاختيار ، فوجهان ، أصحهما وهو المنصوص : لا يوقف شيء للزوجات ، بل يقسم كل التركة بين باقي الورثة ، لأن استحقاق الزوجات غير معلوم ، لاحتمال أنهن الكتابيات . والثاني : يوقف ، لأن استحقاق سائر الورثة قدر نصيب الزوجات غير معلوم ، واختاره ابن الصباغ ، وهو قريب من القياس .

قلت : المختار المقيس هو الأول ، لأن سبب الارث في سائر الورثة موجود وشككنا في المزاحم ، والأصل عدمه ، وإرث الزوجات لم نتحققه ، والأصل عدمه .

ويجري الوجهان فيما لو كان تحته مسلمة وكتابية ، فقال : إحداكما طالق ومات قبل البيان .

فرع : مات ذمي عن أكثر من أربع نسوةٍ ، قال صاحب « التلخيص » : الربع أو الثمن لهن كلهن ، وقال آخرون : لا يرث منهن إلا أربع ، فيوقف بينهن حتى يصطلحن ، ويجعل الترافع إلينا بمثابة إسلامهم . وبنى القفال الخلاف على صحة أنكحتهم . فإن صححناها ، ورث الجميع ، وإلا ، لم يرث إلا أربع .

ولو نكح مجوسي أمَّه أو بنته ومات ، قال البغوي : منهم من بنى التوريث على هذا الخلاف ، والمذهب القطع بالمنع ، لأنه ليس بنكاح في شيء من الأديان ، ولا يتصور التقرير عليه في الاسلام .

فرع : المتعينات للفرقة للزيادة على أربع ، هل تحسب عدتهن من وقت

الاختيار ، أم من وقت إسلام الزوجين إن أسلما معاً ، وإسلام السابق إن تعاقبا ؟ فيه وجهان ، أصحهما : عند الجمهور الثاني ، خلافاً للبغوي .

الطرف الرابع : في النفقة والمهر .

أما النفقة ، فإن أسلم الزوجان معاً ، استمرت النفقة[١] كما يستمر النكاح ، وإن أسلما متعاقبين بعد الدخول ـ والصورة إذا كانت الزوجة مجوسية أو وثنية ـ فإن أسلم قبلها ، فإن أصرت حتى انقضت عدتها ، فلا نفقة ، لأنها ناشزة بالتخلف[٢] وإن أسلمت في العدة ، استحقتها من وقت الاسلام ، ولا تستحقها لمدة التخلف[٣] على الجديد الأظهر . فعلى هذا ، لو اختلفا ، فقال : أسلمت اليوم ، فقالت : بل من عشرة أيام ، فالقول قوله ، للأصل ، وكذا إذا قلنا بالقديم ، فقال : أسلمت بعد العدة فلا نفقة ، وقالت : بل فيها ، فالقول قوله .

أما إذا أسلمت قبله ، فإن أسلم قبل انقضاء العدة ، فلها النفقة لمدة التخلف على المشهور ، وقيل : الصحيح ، لأنها أدت فرضاً مضيقاً ، فهو كصوم رمضان . وإن أصر حتى انقضت العدة ، استحقت نفقة مدة العدة على الأصح عند الجمهور ، وهو المنصوص في « المختصر » . ولو قال : أسلمت أولاً ، فلا نفقة لك ، فادعت العكس ، فمَن المصدَّق بيمينه ؟ وجهان . أصحهما : هي ، لأن النفقة كانت واجبة وهو يدعي مسقطاً .

فرع : ارتدت بعد الدخول ، فلا نفقة لزمن الردّة لنشوزها ، سواء عادت إلى الاسلام[٤] في العدة ، أم لا ، ولا يجيء القول القديم .

قلت : ذكر صاحب « المهذب » وآخرون طريقين ، أحدهما : طرد القولين القديم والجديد . والله أعلم .

---

(١) وغيرها من بقية المؤن لدوام النكاح .

(٢) لإساءتها بتخلفها عن الإسلام .

(٣) قال الزركشي : ولم يفصلوا بين أن يكون التخلف لعذر أم لا ، وينبغي إذا تخلفت لصغر أو جنون أو إغماء ثم أسلمت عقب زوال المانع أن تستحق . وقال الخطيب : ورد هذا البحث وإن كان التعليل يرشد إليه بأنها تسقط بعدم التمكين وإن لم يكن نشوز ولا تقصير من الزوجة كما تسقط بحبسها ظلماً .

(٤) لأنها كالناشزة بالردة بل أولى وتستحق من وقت الإسلام في العدة .

وإن ارتد ، فعليه نفقة مدة العدة[١] ، وإن ارتدا معاً ، قال البغوي : لا نفقة ، ويشبه أن يجيء فيه خلاف ، كتشطر المهر[٢] .

فصل : أما المهر ، إذا أسلم أحدهما قبل الدخول أو بعده ، فسبق بيانه عند ذكر الخلاف في صحة أنكحتهم .

فلو قالت : سبقتني بالاسلام قبل الدخول ، فعليك نصف المهر ، فادعى العكس ، صدِّقت بيمينها ، لأن الأصل بقاء نصف الصداق .

ولو ادعى سبقها ، فقالت : لا أدري أينا سبق ، لم يتمكن من طلب المهر . فإن عادت وقالت : علمت أنه سبق ، صدقت بيمينها وأخذت النصف . ولو اعترفا بالجهل بالسابق ، فلا نكاح ، لاتفاقهما على تعاقب الاسلام قبل الدخول . ثم إن كان ذلك قبل قبض المهر ، لم تتمكن من طلبه ، لاحتمال سبقها ، وإن كان بعده ، لم يتمكن هو من استرداد النصف ، لاحتمال سبقه فيقر النصف في يدها ، حتى يتبين الحال .

ولو اختلفا في بقاء النكاح ، فقال : أسلمنا معاً ، فالنكاح باقٍ ، وقالت : بل متعاقبين ولا نكاح ، فقولان . أظهرهما : القول قوله ، والثاني : قولها ، لتعارض الأصل والظاهر[٣] . فإن قلنا : القول قولها ، نظر ، إن قالت : أسلمتَ قبلي ، حلفت على البت أنها ما أسلمت وقت إسلامه ، وإن قالت : أسلمتُ قبلك ، حلفت على نفي العلم بإسلامه يوم إسلامها .

ولو اختلفا على العكس ، فقالت : أسلمنا معاً ، فقال : بل متعاقبين ، فلا نكاح ، لاعترافه ، وهي تدعي نصف المهر . وفي المصدق منهما القولان . ولو قال : لا ندري أسلمنا معاً أو متعاقبين ، استمر النكاح .

---

(١) لأن المانع من جهته .

(٢) قال الشيخ جلال الدين البلقيني : هذا متعقب لأن النفقة تسقط بالنشوز فردتها نشوز سواء وجدت مع ردته أم لا بخلاف المهر .

(٣) ما رجحه هنا مخالف لما في المحرر والمنهاج في باب الدعاوى من اقتضائه ترجيح الثاني لأنه الراجح هناك .

فرع : أسلمت بعد الدخول ، ثم أسلـم هو وادعى أن إسلامه سبق انقضاء العدة ، وادعت العكس ، فهذا يتصور على أوجه .

أحدها : أن يتفقا على وقت انقضاء العدة ، كغرة رمضان ، فادعى إسلامه في شعبان ، وقالت : بل في خامس رمضان ، فالقول قولها ، لأن الأصل بقاء كفره .

والثاني : أن يتفقا على وقت إسلامه ، كغرة رمضان ، وقال : انقضت عدتك في خامس رمضان ، وقالت : بل في شعبان ، فالقول قوله بيمينه .

الثالث : أن لا يتفقا على شيء ، واقتصر على أن إسلامي سبق ، واقتصرت على أن عدتي سبقت ، فالنص أن القول قوله ، ونص فيما إذا ارتد ، ثم أسلم ، وادعى أنه أسلم في العدة ، وادعت انقضاءها قبل اسلامه ، وفيما إذا قال : راجعتك في العدة ، فقالت : بل بعدها ، أن القول قولها . وللأصحاب طرق . أحدها : طرد قولين في المسائل الثلاث ، هل القول قوله ، أم قولها ؟ والثاني : أن النصين على حالين . فإن اتفقا على وقت اسلامه أو رجعته ، واختلفا في انقضاء العدة ، فالقول قوله . وإن اتفقا على وقت انقضاء العـدة ، واختلفا في أنـه أسلم أو راجع قبله ، فالقول قولها . والطريق الثالث وهو الأصح وبه قال ابن سريج وأبو اسحاق ، ورجحه الشيخ أبو حامد والبغوي وغيرهما : أن من سبق بالدعوى ، فالقول قوله ، وعليه ينزل النص في المسائل الثلاث ، لأن المدعي أولاً مقبول ، فلا يرد بمجرد قول آخر . وزاد البغوي فيما إذا سبق دعواه فقال : إن ادعت بعد أن مضى بعد دعواه زمن ، فهو المصدَّق . فإن اتصل كلامها بكلامه ، فهي المصدَّقة .

فرع : نص الشافعي رضي الله عنه ، أن الزوج لو أقام شاهدين على أنهما جميعاً أسلما حين طلعت الشمس يوم كذا ، أو حين غربت ، قبلت شهادتهما واستمر النكاح . وإن شهدا أنهما أسلما مع طلوع الشمس ، أو مع غروبها ، لم يحكم بهذه الشهادة ، لأن حين طلوعها وغروبها يتناول حالة تمام الطلوع أو الغروب ، وهي حالة واحدة . وقوله : مع الطلوع يصدق من حين يأخذ في الطلوع ، فيجوز أن يكـون اسلام أحدهما مقارناً لطلوع أول القرص ، وإسلام الآخر مقارناً بطلوع آخره[1] .

---

(١) قال ابن الرفعة : وذلك لا نزاع فيه إذا كان إسلامهما في بلد واحد أو ما يلتحق به من كون مطلعهما =

فرع : نكحت في الكفر زوجين ، ثم أسلموا ، فإن ترتب النكاحان ، فهي زوجة الأول ، فإن مات الأول ثم أسلمت مع الثاني وهم يعتقدون جواز التزويج بزوجين ، ففي جواز التقرير وجهان .

قلت : ينبغي أن يكون أصحهما التقرير . والله أعلم .

وإن وقع النكاحان معاً ، لم تقر مع واحد منهما ، سواء اعتقدوا جوازه ، أم لا . وفيما إذا اعتقدوه وجه : أن المرأة تختار أحدهما ، كما لو أسلم على أختين ، وبالله التوفيق .

الباب الثامن في مثبتات الخيار في النكاح

أسبابه المتفق عليها أربعة : العيب ، والغرور ، والعتق ، والتعنين .

وقولنا : « المتفق عليها» احتراز مما إذا زوج الأب أو الجد بكراً بغير كفءٍ وصححنا النكاح ، فلها الخيار .

ولو زوج الصغير من لا تكافئه ، وصححناه ، فله الخيار إذا بلغ . ولو ظنها مسلمة ، فكانت كتابية ، فله الخيار على رأي .

والتعنين أحد العيوب ، إلا أنه يختص بأحكام ، كضرب المدة وغيره ، فبيَّن الأصحاب في « فصل العيوب » أنه أحدها ، وأفردوه بالذكر لاختصاصه بأحكام .

السبب الأول : العيب ، العيوب المثبتة للخيار ثلاثة أقسام .

أحدها : يشترك فيه الرجال والنساء ، وهو ثلاثة : البرص ، ولا يلتحق به البهق .

والثاني : الجذام وهو علة صعبة يحمرُّ منها العضو ثم يسودُّ ثم ينقطع ويتناثر ، نسأل

= واحداً ، فإن اختلف مطلع البلدين .

قال بعض المتأخرين : يكون كقيام البينة على إسلامهما في وقتين قد يتخيل بناء ذلك على اختلاف المطالع في رؤية الهلال .

قال : وليس هذا القول فقهاً بناء على أنه إذا كان البلد لا يغيب شفقهم إلى الفجر صلى العشاء بمغيب الشفق في أقرب البلاد إليه لأنه لا طريق غيره فإنه لا سبيل إلى إسقاط الصلاة فتعين ذلك . انتهى .

الله الكريم العافية ، ويتصور ذلك في كل عضو ، لكنه في الوجه أغلب . ثم حكى الامام عن شيخه ، أن أوائل البرص والجذام لا يثبت الخيار ، وإنما يثبت إذا استحكما . وإن استحكام الجذام إنما يحصل بالتقطع . وتردد الامام في هذا وقال : يجوز أن يكتفى باسوداد العضو ، وحكم أهل المعرفة باستحكام العلة[١] .

الثالث : الجنون منقطعاً كان أو مطبقاً ، ولا يلحق به الاغماء بالمرض إلا أن يزول المرض ويبقى زوال العقل . قال الامام : ولم يتعرضوا في الجنون لاستحكامه ، ولم يراجعوا أهل المعرفة أهو مرجوُّ الزوال ، أم لا ؟ ولو قيل به لكان قريباً[٢] ومتى وجد أحد الزوجين بالآخر هذه العيوب ، فله فسخ النكاح قلَّ ذلك العيب أم كثر . ولو تنازعا في قرحة ، هل هي جذام ؟ أو في بياض هل هو برص ؟ فالقول قول المنكر ، وعلى المدعي البينة ، ويشترط كون الشاهدين عالمين بالطب .

القسم الثاني : مختص به وهو الجب[٣] والتعنين[٤] .

---

(١) ما بحثه الإمام قال ابن الرفعة : إنه قضية نص الأم .
قال الأذرعي : وقضية كلام الحاوي وغيره أنه متى قال الأطباء انه جذام يثبت الخيار . قال ابن السكري في حواشي التلخيص : لم يفرق العراقيون في الجذام والبرص بين المستحكم وغيره وهو كما قال ، وقال المحاملي في المجموع فإن كان خفياً كالزعر في الحاجب ، فإن اتفق الزوجان على أنه جذام ثبت الفسخ .
قال الماوردي : والزعر مبادىء الجذام ويقع في الحاجبين والأنف ، فإن اختلفا فيه روجع طبيبان عدلان ، فإن قالا : هو جذام ثبت الخيار ، وإن قالا هو زعر فلا خيار فيه ، وإن أشكل فالقول قول من ينفيه والحاصل أن المذهب أنه إذا تغير العضو وحكم أهل المعرفة بأنه جذام ثبت الخيار بمجرد ذلك ونص في الأم ولا خيار في الجذام حتى يكون بيناً فأما الزعر في الحاجب أو علامات ترى أنها تكون جذاماً أو لا تكون فلا خيار فيه لأنه قد لا يكون . انتهى .

(٢) قال الأذرعي : قال البيهقي في المبسوط : قال الشافعي رضي الله عنه : والجنون ضربان : فضرب خنق فله الخيار بقليله وكثيره .
وضرب غلبة على عقله من غير حدوث مرض فله الخيار في الحالين معاً ، وهذا أكثر من الذي تخنق وتفيق . انتهى .

(٣) قال الأذرعي : محل ثبوت الخيار بالجب ما إذا استؤصل الذكر أو بقي منه دون حشفته ، فإن بقي قدرها فلا خيار لها على الأصح فلو تنازعا في إمكان الوطء فالقول قوله على الأصح وقيل قولها وجهاً واحداً ، قاله المحاملي وغيره وأنكره ابن الصباغ وقال : ينبغي أن يكون يرى أهل الخبرة . قال المتولي : وهو الصحيح .

(٤) قال الأذرعي : قال في الخصال : وليس للرتقاء ولا من لا يصلح جماعها دعوى العنة وكان مراده بهذه =

الثالث : يختص بها وهو الرتق والقرن[١] ، فالرتق : انسداد محل الجماع باللحم ، والقرن : عظم في الفرج يمنع الجماع ، وقيل : لحم ينبت فيه ، ويقول الفقهاء « القرن » بفتح الراء وهو في كتب اللغة بإسكانها .

قلت : يجوز الفتح والاسكان ، فالفتح على المصدر وهو هنا أحسن لأنه أنسب لكون قرائنه مصادر وهي الرتق والبرص ونحوهما ، وقد أوضحت هذه اللفظة أكمل إيضاح في « تهذيب الأسماء واللغات »[٢] ونقلت أقوال أهل اللغة فيها وحاصله ، جواز الأمرين وترجيح الفتح . والله أعلم .

وليس للزوج إجبار الرتقاء على شق الموضع ، فلو فعلت وأمكن الوطء ، فلا خيار كذا أطلقوه ، ويمكن أن يجي فيه الخلاف المذكور فيما إذا علم عيب المبيع بعد زواله[٣] .

فجملة هذه العيوب سبعة ، يمكن في حق كل واحدٍ من الزوجين خمسة ، وما سواها من العيوب لا خيار فيه على الصحيح الذي قطع به الجمهور[٤] . وقال زاهر

= من لا يطيقه لضيق مفرط ونحوه كما سيأتي وقد يريد به المتحيرة ، ولو نكح أمة بشرطه فليس لها دعوى العنة لتضمن دعواها بطلان النكاح .

(١) قال في المهمات : يرد على الحصر أنه سيأتي في الديات فيما إذا لم تحمل المرأة الوطء بالافضاء عن الغزالي أنه إن كان سببه ضيق المنفذ بحيث يخالف العادة فله الخيار وأن المشهور من كلام الأصحاب أنه لا فسخ ثم قال ويشبه أن يفصل بين أن تحتمل وطء نحيف مثلها فلا فسخ وبين أن ينتهي ضيق المسلك إلى أن يحصل به الافضاء من كل واطىء فهو كالرتق وينزل كلام الأصحاب على الأول وكلام الغزالي على الثاني وهذا التفصيل الذي ذكره في المرأة يجري في الرجل أيضاً .

(٢) (٣/٩٠) - (٩١) .

(٣) قال في المهمات : صرح بهذا البحث الماوردي في الحاوي وحكاه عنه في البحر إلا أن محله إذا زال بعد علمه فإن زال قبل علمه فلا خيار جزماً .
قال الأذرعي في القوت بعد نقله عن الماوردي ما تقدم وعبارة أبي الطيب في المجرد في شق الرتق وإن فعل ذلك باختيارها واندمل قبل الفسخ لم يكن له الخيار وظاهرها تمكينه من الفسخ قبل الاندمال .

(٤) سيأتي في باب النفقات ثبوت الفسخ بالإعسار بالمهر قبل الدخول والإعسار بالنفقة والكسوة والمسكن ، ونقل أيضاً في باب النفقات عن الحاوي أنه لو وجدها مستأجرة العين أنه يثبت له الخيار وظاهر حصره هنا يأباه وذكر الشيخان أيضاً أن في معنى التعنين المرض الذي لا يتوقع زواله ولا يمكن الجماع معه نقلاً عن الشيخ أبي محمد ولم يعترضا وجزم به ابن الرفعة في الكفاية وما إذا وجد أحد الزوجين الآخر رقيقاً كما هو مذكور في كلام الشيخ .

السرخسي[١] : الصنان والبخر إذا لم يقبلا العلاج يثبتان الخيار ، وقال : كذا العِذْيَوطُ والعذيوطة ، يثبت به الخيار . والعِذيوط ، من يخرج عنه الغائط عند الجماع . وزاد القاضي حسين وغيره فأثبتوا الخيار بالاستحاضة ، وبالعيوب التي تجتمع فتنفر تنفير البرص ، وتكسر سورة التائق ، كالقروح السيالة وما في معناه ويقال : إن الشيخ أبا عاصم حكاه قولاً للشافعي رحمة الله عليه .

أما إذا وجد أحدهما الآخر خنثى قد زال إشكاله ، ففي ثبوت الخيار قولان . أظهرهما : المنع لأنه لا يفوت مقصود النكاح ، وموضع القولين إذا اختار الذكورة أو الأنوثة بغير علامة ، لأنه قد يخرج بخلافه . فأما إذا اتضح بعلامة ، فلا خيار ، هذا هو الأصح . وقيل : القولان أيضاً فيما إذا اتضح بعلامة مظنونة ، فإن كان بقطعية وهي الولادة ، فلا خيار . وقيل : القولان مطلقاً ، وإن كانت العلامة قطعية لمعنى النفرة .

ولا خيار بكونه أو كونها عقيماً ، ولا بكونها مفضاة ، والافضاء : رفع ما بين مخرج البول ، ومدخل الذكر[٢] .

فصل : إذا ظهر بكل واحد منهما عيب[٣] مثبت للخيار ، فإن كانا من جنسين ، فلكل واحد منهما الخيار إلا إذا كان مجبوباً وهي رتقاء ، فهو كالجنس الواحد كذا ذكره الحناطي والشيخ أبو حامد والامام ، وحكى البغوي طريقاً آخر ، أنه لا فسخ به قطعاً ، لأنه لا طريق له إلى تحصيل الوطء . وإن كانا من جنس ، ثبت الخيار لكل واحد على الأصح . هذا في غير الجنون ، أما إذا كانا مجنونين ، فلا يمكن إثبات الخيار لواحد منهما في الحال ، ثم الوجهان فيما إذا تساوى العيبان في القدر والفحش . فإن كان أحدهما أكثر وأفحش ، فللآخر الخيار قطعاً .

---

(١) هو زاهر بن أحمد بن محمد بن عيسى أبو علي السرخسي . أخذ الفقه عن أبي إسحاق المروزي ، والأدب عن أبي بكر بن الأنباري .
قال فيه الحاكم : المقرىء ، الفقيه ، المحدث ، شيخ عصره بخراسان .
توفي في ربيع الآخر سنة تسع وثمانين وثلاثمائة وله ست وتسعون سنة . (الأنساب ١١٩/٧) ، (طبقات الشافعية لابن قاضي شهبة ١/١٥٧ ـ ١٥٨) .

(٢) كذا جزم به هناك ، وقال في الديات : إنه وجه ، وصحح أن الافضاء رفع ما بين مدخل الذكر والدبر .

(٣) قال في المهمات : هذا في الجنون المطبق فلو كان منقطعاً أمكن كلاً منهما الفسخ .

فرع : نكح أحدهما الآخر عالماً بعيبه ، فلا خيار .

فلو ادّعى المعيب علم الآخر ، صدِّق المنكر بيمينه . وقيل : إن كان هـذا الاختلاف بعد الدخول ، صدق مدعي العلم[1] .

فرع : جبت المرأة ذكر زوجها ، فهل لها الخيار ؟ وجهان . أحدهما : لا ، كما لو عيب المشتري المبيع قبل القبض، وأصحهما : نعم كما لو خرّب المستأجر الدار المستأجرة فإن له الخيار ، فإن المرأة بالجب لا تصير قابضة لحقها ، والمستأجر لا يصير قابضـاً لحقه كالتخريب ، والمشتري بالتعيب قابض حقه .

فصل : العيب المثبت للخيار إن كان مقارناً للعقد ، فلكـل واحد الفسـخ بعيب صاحبه وإن حدث بعد العقد ، فإن كان بها ، فله الفسخ على الجديد الأظهر ، وإن كان به ، نظر إن كان قبل الدخول ، فلها الفسخ ، وإن كان بعده والعيب جنون أو جذام أو برص ، فلها الخيار ، كذا قاله الأصحاب في جميع الطرق . وحكى الغزالي فيه وجهاً لم أره لغيره . وإن حدث التعنين ، فلا خيار ، لأنها عرفت قدرته وأخذت حظها ، وإن حدث الجب ، فلها الفسخ على الأصح ، ويقال : الأظهر .

فرع : أولياء المرأة ليس لهم خيار الفسخ بعيب حدث به ، وأما المقارن، فإن كان جباً أو تعنيناً ، فلا خيار لهم على الصحيح ، وإن كان جنوناً ، فلهم الخيار . وإن رضيت هي ، وكذا إن كان جذاماً أو برصاً على الأصح . ونقل الحنـاطي في العيب الحادث وجهاً ، أن للأولياء إجبارها على الفسخ وهو شاذ ضعيف . وعلى هذا التفصيل يخرج حكم ابتداء التزويج ، فإن دعت إلى تزويجها بمجبوب أو عنين ، فعليهم الاجـابة على الصحيـح ، فإن امتنعـوا ، كانـوا عـاضلين ، وإن دعت إلى مجنون ، فلهم الامتناع ، وكذا المجذوم والأبرص على الأصح .

فصل في أحكام هذا الخيار : فيه مسائل .

---

(١) قال في الخادم : ما رجحه من تصديق المنكر موضعه إذا أمكن ما قاله كالرتق والبرص تحت الثياب ونحوهما مما يخفى . فأما البرص في الوجه والجذام في الأنف فلا يقبل قوله فيه هكذا . قاله الصيمري في الايضاح ونقله عنه صاحب الاستقصاء ثم قال : وفيه نظر لأن الأصل عدم العلم به فكان القول قوله فيه بيمينه .

إحداها : هذا الخيار على الفور كخيار العيب في البيع[١] ، هذا هو المذهب . وبه قطع الجمهور . وقيل : قولان آخران كخيار العتق . أحدهما : يمتد ثلاثة أيام والثاني : يبقى إلى أن يوجد صريح الرضى بالمقام معه أو ما يدل عليه ، حكاهما الشيخ أبو علي وهما ضعيفان . وهل ينفرد كل واحد من الزوجين بالفسخ ، أم لا بد من الرفع إلى الحاكم ؟ أما التعنين ، فلا بد من الرفع ، وفيما سواه وجهان . أصحهما : لا بد من الرفع لأنه مجتهد فيه . قال البغوي : وعلى الوجهين لو أخر إلى أن يأتي إلى الحاكم ويفسخ بحضرته ، جاز .

ولو وطئها وظهر بها عيب ، فقالت : وطئت عالماً ، فأنكر ، أو كان العيب به ، فقال : كنتِ عالمة فأنكرت ، فالقول قول المنكر على الصحيح . وقال ابن القطان : قول الآخر ، لأن الأصل دوام النكاح .

الثانية : الفسخ بعيب مقارن للعقد ، إن كان قبل الدخول ، سقط كل المهر ولا متعة ، سواء كان العيب فيه أو فيها ، لأن شأن الفسخ تراد العوضين . وإن كان بعد الدخول ، فثلاثة أوجه ، الصحيح المنصوص[٢] ، أنه يسقط المسمى ويجب مهر المثل ، والثاني : يجب المسمى ، والثالث : إن فسخ بعيبها ، فمهر المثل ، وإن فسخت بعيبه ، فالمسمى .

وأما الفسخ بعيب حادث بعد العقد ، فإن كان قبل الدخول فلا مهر ، وإن كان بعده ، فإن أوجبنا في المقارن المسمى ، فهنا أولى[٣] ، وإلا ، فأوجه . أحدها : المسمى ، والثاني : مهر المثل ، وأصحها : إن حدث قبل الدخول ، ثم دخل بها غير عالم بالحال ، فمهر المثل كالمقارن ، وإن حدث بعد الدخول ، فالمسمى ، لأنه تقرر بالوطء قبل الخلل[٤] .

---

(١) والمعنى بكونه على الفور أن المطالبة والرفع إلى الحاكم يكونان على الفور ولا ينافي ذلك ضرب المدة في العنة ، فإنها حينئذ تتحقق ، وإنما يؤمر بالمبادرة إلى الفسخ بعد تحقق العيب .

(٢) وعبر في المنهاج بالأصح .

(٣) لأنه استقر بالوطء قبل وجود سبب الخيار فلا يغير .

(٤) والحاصل أن الوطء مضمون بلا خلاف لأن الوطء في النكاح لا يخلو عن مقابل إنما الخلاف هل يجب المسمى أو مهر المثل فإن قيل في رد الجارية المبيعة بعيب وطؤها غير مضمون ، وقد اشتركا في الفسخ =

فرع : إذا اطَّلع أحد الزوجين على عيب الآخر ، ومات الآخر قبل الفسخ ، فهل يفسخ بعد الموت ؟ وجهان حكاهما الحناطي ، أصحهما : لا يفسخ ويتقرر المسمى بالموت . ولو طلقها قبل الدخول ثم علم عيبها ، لم يسقط حقها من النصف ، لأن الفرقة حصلت بالطلاق .

الثالثة :إذا فسخ بعيبها بعد الدخول وغرم المهر ، فهل يرجع به على من غره ؟ قولان . الجديد : الأظهر ، لا . وموضع القولين إذا كان العيب مقارناً للعقد ، وأما إذا فسخ بعيب حادث ، فلا رجوع بالمهر مطلقاً ، إذ لا غرور . وقال المتولي : القولان إذا كان المغروم هو مهر المثل ، أما إذا كان المسمى ، فلا رجوع ، والأصح ما ذكره البغوي وهو أنه لا فرق بين المسمى ومهر المثل ، ثم إذا قلنا بالرجوع ، فإن كان التغرير والتدليس منها دون الولي ، فالرجوع عليها دونه .

وصوَّر المتولي التغرير منها ، بأن خطب الزوج إليها ، فلم يتعرض لعيبها ، وطلبت من الولي تزويجها به وأظهرت له أن الزوج عرف حالها .

وصوره الشيخ أبو الفرج الزاز ، فيما إذا عقدت بنفسها ، وحكم بصحته حاكم . ثم لفظ الرجوع الذي استعمله الأصحاب يشعر بالدفع إليها ، ثم الاسترداد منها . لكن ذكر الشيخ أبو حامد والامام ، أنه لا معنى للدفع إليها والاسترداد ، ويعود معنى الرجوع إلى أنه لا يغرم لها . وهل يجب لها أقل ما يجوز صداقاً لئلا يخلو النكاح عن مهر ؟ وجهان . ويقال : قولان .

قلت : الأصح عند من قال بالرجوع ، أنه لا يبقى لها شيئاً ، ويكفي في حرمة النكاح أنه وجب لها ثم استرد بالتغرير . والله أعلم .

وإن كان التغرير من الولي ، بأن خطب إليه فزوج وهو مجبر أو غيره بإذنها ولم يذكر للخاطب عيبها ، فإن كان عالماً بالعيب ، رجع عليه بجميع ما غرم . وإن كان جاهلاً ، فوجهان لأنه غير مقتصر ، لكن ضمان المال لا يسقط بالجهل . فإن قلنا :

= بالعيب أجيب بأن الوطء مقصود في النكاح فوجب بذله بكل حال والوطء في المبيع ليس مقصوداً في البيع وإنما العقد على الرؤية والوطء منفعة ملكه فلم يقابله عوض .

لا رجوع إذا جهل ، فذلك إذا لم يكن محرماً كابن عم ومعتق وقاض ، وحينئذٍ يكون الرجوع على المرأة .

فأما المحرم ، فلا يخفى عليه الحال غالباً ، وإن خفي فلتقصيره ، فيرجع عليه مع الجهل على الصحيح . فإذا قلنا : لا رجوع على الجاهل ، فعلى الزوج إثبات العلم ببينة على إقرار الولي بالعلم . وإن غره أولياء الزوجة ، فالرجوع عليهم ، فإن جهل بعضهم وقلنا : لا رجوع على الجاهل ، رجع على من علم .

ولو وجد التغرير منها ومن الولي ، فهل يكون الرجوع عليها فقط لقوة جانبها ، أم عليهما نصفين ؟ فيه وجهان ، وإن غرت الولي وغر الولي الزوج ، رجع الزوج على الولي والولي عليها ، ولم يتعرضوا لما إذا كانت جاهلة بعيبها ، ولا يبعد مجيء الخلاف فيه .

قلت : لا مجيء له لتقصيرها الظاهر ، لا سيما وقد قطع الجمهور بأن الولي المحرم لا يعذر بجهله لتقصيره . والله أعلم .

الرابعة : المفسوخ نكاحها بعد الدخول ، لا نفقة لها في العدة ولا سكنى إذا كانت حائلاً بلا خلاف[١] ، وإن كانت حاملاً ، فإن قلنا : نفقة المطلقة الحامل للحمل وجبت هنا ، وإن قلنا بالأظهر . إنها للحامل ، لم تجب . وأما السكنى ، لا تجب على المذهب وبه قطع الجمهور . وقيل بطرد القولين . وقال ابن سلمة : إن كان الفسخ بعيب حادث ، وجبت ، وإلا ، فلا . وإذا لم نوجب السكنى فأراد أن يسكنها حفظاً لمائه ، فله ذلك وعليها الموافقة ، قاله أبو الفرج السرخسي .

فرع[٢] يتعلق بهذا السبب : رضي أحد الزوجين بعيب صاحبه ، فحدث بمن به العيب عيب آخر ، ثبت الخيار بالعيب الحادث على الصحيح . وإن ازداد

---

(١) ففي الخلاف ليس من كلام الرافعي بل فيه إثباته فإنه قال بعد ذلك . ومنهم من جعل استحقاق الحائل السكنى على قولين ، وقد نقل هذه الطريقة صاحب الكتاب في العدد ثم حكى عن أبي الطيب بن سلمة أنه إن فسخ بعيب حادث استحقت السكنى وإلا فلا بل كلام الروضة وأصلها في العدد يشعر بترجيح الوجوب . ذكره في المهمات .

(٢) في « ط » فروع تتعلق .

الأول ، فلا خيار على الصحيح[1] ، لأن رضاه بالأول رضىً بما يتولد منه .

ولو فسخ بعيب ، فبان أن لا عيب ، فهل يحكم ببطلان الفسخ وباستمرار النكاح ؟ وجهان حكاهما الحناطي .

قلت : الصحيح ، بطلان الفسخ لأنه بغير حق . والله أعلم .

ولو قال : علمت عيب صاحبي ، ولم أعلم أن العيب يثبت الخيار ، فقولان كنظيره في عتقها تحت عبد . وقيل : لا خيار هنا قطعاً ، لأن الخيار بالعيب مشهور في جنس العقود .

السبب الثاني : الغرور بالاشتراط . فإذا شرط في العقد إسلام المنكوحة ، فبانت ذمية ، أو شرط نسب أو حرية في أحد الزوجين فبان خلافه ، فهل يصح النكاح أم يبطل ؟ قولان . أظهرهما : الصحة . والقولان فيما إذا اشترطت حريته فبان عبداً ، هما إذا نكح بإذن السيد ، وإلا ، فلا يصح قطعاً . وفيما إذا شرط حريتها فبانت أمة ، هما إذا نكحت بإذن السيد وكان الزوج ممن يحل له الاماء ، وإلا ، فلا يصح قطعاً .

ويجري القولان في كل وصف شرط ، فبان خلافه ، سواء كان المشروط صفة كمال كالجمال ، والنسب ، والشباب ، واليسار ، والبكارة ، أو صفة نقص كأضدادها ، أو كان مما لا يتعلق به نقص ولا كمال ، هذا هو المذهب وبه قطع الجمهور .

وفي شرح مختصر الجويني أنهما إنما يجريان في النسب والحرية وما يتعلق بالكفاءة ، فإذا قلنا ببطلان النكاح ، فرق بينهما ولا شيء على الزوج إن لم يدخل بها ، وإن دخل ، فلا حد للشبهة وعليه مهر المثل ، ولا سكنى لها في العدة ، وكذا لا نفقة إن كانت حائلاً . فإن كانت حاملاً ، فعلى القولين في أن النفقة للحمل أو للحامل ؟ إن قلنا : للحمل ، وجبت ، وإلا ، فلا ، وإذا قلنا بصحة النكاح ، فإن بان

---

(١) قال في المهمات : محله إذا لم يكن الحادث أفحش كما إذا كان في اليد فحدث في الوجه فإن الشافعي نص على ثبوت الخيار كما نقله في الحاوي وقال : إن محل الخلاف فيما عداه كما إذا كان في أحد اليدين فانتقل إلى الأخرى .

وقال الشيخ البلقيني : جزم في البيان فيما إذا كان في يد فانتقل لأخرى بثبوت الخيار وهو ظاهر .

الموصوف خيراً مما شرط، فلا خيار، وإن بان دونه، فقد أطلق الغزالي في ثبوت الخيار قولين . وأما سائر الأصحاب ، فقالوا : إن شرط في الزوج نسب شريف فبان خلافه ، نظر إن كان نسبه دون نسبها ، فلها الخيار . وإن رضيت هي ، فلأوليائها الخيار ، وإن كان نسبه كنسبها أو فوقه ، إلا أنه دون المشروط ، فلا خيار لها على الأظهر ، وقيل : لا خيار قطعاً ، ولا خيار للأولياء ، لأن الكفاءة حاصلة والشرط لا يؤثر في حقهم ، وإن شرط في الزوجة نسب فبان خلافه ، فطريقان ، أصحهما : أنه كهي فيثبت له الخيار إن كانت دون نسبه ، وإلا ، ففيه القولان . والطريق الثاني : لا خيار له قطعاً لقدرته على الطلاق وعدم العار عليه . وإن شرطت حريته فخرج عبداً ، فإن كانت حرة ، فلها ولوليها الخيار ، وإن كانت أمة ، ففي ثبوت الخيار وجهان .

وقيل: يثبت قطعاً. قال الامام والمتولي: وإذا أثبتناه، فهو للسيد دون الأمة، فإن له أن يجبرها على نكاح عبدٍ ، بخلاف ما إذا خرج الزوج معيباً ، فإن الخيار لها ، لأنه ليس للسيد إجبارها على نكاح معيب بأحد هذه العيوب . وإن شرط الزوج حرية الزوجة فخرجت أمة ، فإن كان الزوج حراً ، فله الخيار على المذهب ، وإن كان عبداً ، فلا خيار على المذهب ، وإن كان المشروط صفة أخرى ، فإن شرطت في الزوج فبان دون المشروط ، فلها الخيار ، وإن شرطت فيها ، ففي ثبوت الخيار له قولان لتمكنه من الطلاق .

قلت : الأظهر ثبوته . والله أعلم .

فرع : في فتاوى البغوي : تزوجها بشرط البكارة ، فوجدت ثيباً ، فقالت : كنت بكراً فزالت البكارة عندك، وقال: بل كنت ثيباً، فالقول قولها بيمينها لدفع الفسخ ، ولو قالت : كنت بكراً فافتضني فأنكر ، فالقول قولها بيمينها لدفع الفسخ ، وقوله بيمينه لدفع كمال المهر .

فصل : إذا ظنت زيداً كفأً لها ، وأذنت في تزويجها إياه ، فبان غير كفء ، فلا خيار لها ، كذا أطلق الغزالي ، وينبغي أن يفصل فيقال : إن كان فوات الكفاءة لدناءة نسبه أو حرفته ، أو فسقه ، فلا خيار ، وإن كان لعيبه ، فيثبت الخيار ، وإن كان لرقه ، فليكن الحكم كما سنذكره إن شاء الله تعالى متصلاً بهذا فيمن نكحها ظاناً حريتها فبانت أمة ، بل جانب المرأة أولى بإثبات الخيار .

قلت : هذا الذي ذكره الغزالي ضعيف ، وفي فتاوى صاحب « الشامل » لو تزوجت حرة برجل نكاحاً مطلقاً ، فبان عبداً ، فلها الخيار . وذكر غيره نحو هذا ، والمختار ثبوت الخيار بالجميع ، وقد أنكروا على الغزالي هذه المسألة . وقد ذكر الرافعي بعد هذا قبيل ذكر كتاب الصداق عن « فتاوى » القاضي حسين ، أنها لو أذنت في تزويجها برجل ولم تعلم فسقه ، فبان فاسقاً ، صح النكاح لوجود الاشارة إلى عينه . قال البغوي : لكن لها حق الفسخ كما لو أذنت في تزويجها رجلاً ثم وجدته معيباً ، وعجب من الامام الرافعي كيف قال هنا ما قال مع نقله هذا عن البغوي . والله أعلم .

فرع : نكح امرأة يظنها مسلمة فخرجت كتابية ، فالنص أن له الخيار ، ولو ظنها حرة فخرجت أمة وهو ممن يحل له نكاح الأمة ، فالنص أنه لا خيار[١] ، وللأصحاب طريقان . أحدهما : العمل بظاهر النصين ولتقصير ولي الكافرة بترك العلامة ، ولأن الكفر منفّر . وأصحهما : جعل الصورتين على قولين . وأظهرهما : لا خيار فيهما كما لو اشترى عبداً يظنه كاتباً فأخلف ظنه .

فصل : الخلف في الشرط ، إذا قلنا : لا يفسد العقد وأنه يثبت الخيار ، فمن له الخيار ؟ إن أجاز العقد ، كان للزوجة المهر المسمى ، وإن فسخ ، فإن كان قبل الدخول ، لم يجب نصف المهر ولا المتعة ، وإن كان بعد الدخول ، فهل يجب مهر المثل أم المسمى أم أقلهما ؟ فيه أوجه ، الصحيح المنصوص ، الأول . وهل يرجع الزوج بما غرمه من المهر على من غره ؟ فيه التفصيل والخلاف السابقان في خيار العيب ، وحكم النفقة والسكنى على ما تقدم .

فرع : قال الأصحاب : التغرير المؤثر[٢] هو الذي يكون مقروناً بالعقد[٣] على سبيل الشرط[٤] فلو سبق العقد ، فالصحيح أنه لا يؤثر في صحة العقد ولا في الخيار . وقيل : يؤثر فيهما .

---

(١) لأن الظن لا يثبت الخيار لتقصيره بترك البحث أو الشرط كما لو ظن العبد المبيع كاتباً فلم يكن .

(٢) في الفسخ بخلف الشرط .

(٣) بوقوعه في صلبه .

(٤) كقوله زوجتك هذه البكر أو هذه المسلمة أو الحرة .

وأما الرجوع بالمهر ، إذا قضينا بالرجوع على الغار ، فقال الغزالي : التغرير السابق كالمقارن ، وحققه الامام فقال : لا يشترط في حصول التغرير دخول الشرط بين الايجاب والقبول ، ولا صدوره من العاقد لكن يشترط اتصاله بالعقد . فلو قال : فلانة حرة في معرض الترغيب في النكاح ، ثم زوجها على الاتصال بوكالة أو ولاية ، فهو تغرير ، ولو لم يقصد بقوله تحريض سامع ، واتفق بعد أيام أنه زوجها لمن سمع كلامه ، فليس ما جرى تغريراً ، وان ذكره لا في معرض التحريض ، وجرى العقد على الاتصال أو ذكره في معرض التحريض ، وجرى العقد بعد زمان فاصل ، ففي كونه تغريراً تردد ، ويشبه أن لا يعتبر الاتصال بالعقد على ما أطلقه الغزالي ، لأن تعلق الضمان أوسع باباً .

فصل : إذا غر بحرية أمة وصححنا النكاح[1] ، فأولاده الحاصلون منها قبل العلم برقها أحرار لظنه الحرية ، سواء أجاز العقد أو فسخه ، إذا خيرناه ، وسواء كان المغرور حراً أو عبداً ، لاستوائهما في الظن ، ثم على المغرور قيمة الأولاد لسيد الأمة على المشهور ، لأنه فوت رقهم بظنه . وفي قول حكاه الحناطي : لا شيء عليه ، لأنه معذور . فعلى المشهور إن كان المغرور حراً ، فالقيمة مستقرة في ذمته ، وإن كان عبداً ، فهل تتعلق بذمته أم برقبته أم بكسبه ؟ فيه أقوال ، أظهرها الأول ، وتعتبر قيمة الأولاد يوم الولادة .

وأما الأولاد الحاصلون بعد علمه برقها ، فهم أرقاء ، سواء كان المغرور عربياً أو غيره . وللشافعي قول : إن العرب لا يجري عليهم الرق ، والمشهور أن لا فرق . ثم في الفصل مسائل .

إحداها : في الرجوع بالمهر المغروم على الغار قولان كما سبق في العيب ، وأما قيمة الأولاد ، فيرجع بها على الغار على المذهب . وقيل : فيه القولان . وإذا قلنا بالرجوع ، فإنما يرجع إذا غرم كالضامن . فقد سبق في الضامن وجه ضعيف أنه يرجع قبل غرمه ، فيجيء مثله هنا . والصحيح ، المنع . فعلى هذا لو كان المغرور عبداً وعلقنا القيمة بذمته ، فإنما يرجع على الغار بعد عتقه ، لأنه حينئذٍ يغرم . أما إذا

---

(١) وهو الأظهر .

علقناها بكسبه أو برقبته ، وغرم سيده من كسبه ، أو من رقبته ، فيرجع في الحال ، وللمغرور مطالبة الغار بتحصيله ، كما ذكرنا في « باب الضمان » .

الثانية[١] : إذا كان المغرور عبداً وقد دخل بالمنكوحة ، فحيث يجب المسمى يتعلق كسبه ، وحيث يجب مهر المثل، فهل يتعلق بذمته ، أم برقبته ، أم بكسبه ؟ فيه ثلاثة أقوال . أظهرها : الأول .

الثالثة[٢] : لا يتصور الغرور بحرية الأمة من السيد ، لأنه متى قال : زوجتك هذه الحرة ، أو على أنها حرة ، عتقت . وإنما يتصور من وكيل السيد في تزويجها ، أو منها ، أو منهما ، ولا اعتبار بقول من ليس بعاقد ولا معقود عليه[٣] ، فإن كان الغرور من الوكيل ، رجع المغرور عليه بالقيمة إذا غرمها ، وبالمهر إن أثبتنا الرجوع به . وإن كان الغرور من الأمة المنكوحة ، كان الرجوع عليها ، لكن لا يرجع في الحال ، بل يتعلق الغرم بذمتها ، تطالب به إذا عتقت ، ولا يتعلق بكسبها قطعاً ولا برقبتها على الصحيح ، وسواء كان الرجوع عليها أو على الوكيل ، يرجع بكل المهر ، لأن المهر للسيد وقد أخذه . وإن كان الغرور منها ومن الوكيل ، فالرجوع عليهما

---

(١) في « ط » المسألة الثانية .

(٢) في « ط » المسألة الثالثة .

(٣) قال في المهمات : يتصور ذلك في مسائل :

منها : أن يكون اسمها حرة .

ومنها : أن يرهنها وهو معسر ثم يزوجها بإذن المرتهن ويشترط حريتها فلا تعتق كما لو صرح بإعتاقها ويجري ذلك فيما إذا كانت جانية .

ومنها : أن يريد بذلك العفة عن الزنا فلا يعتق لوجود الصارف عن معنى العتق إلى غيره .

قال في الخادم : فاته صور :

إحداها: إذا قلنا تزويج الأمة بالملك للمكاتب تزويج أمته بإذن السيد . فعلى هذا يتصور منه التغرير بالحرية ولا تعتق .

الثانية : لو كان مفلساً محجوراً وأذن له الغرماء .

الثالثة : لو كان سفيهاً وزوجها بإذن وليه .

الرابعة : إذا قال زوجتك ابنتي ولم ينو به العتق وظن الزوج حريتها بناء على أن أباها حُر . ذكر هذه ابن أبي الدم .

الخامسة : تزويج المشترى قبل القبض إذا فرعنا على الضعيف أن العتق قبل القبض لا ينفذ .

وفي كيفيته وجهان . أصحهما : يرجع بالنصف على الوكيل في الحال ، وبالنصف عليها إذا عتقت . والثاني : أنه له أن يرجع بالجميع على من شاء منهما ، على الوكيل في الحال وعليها بعد العتق ، فإن رجع ـ هكذا قاله البغوي ـ : يرجع المأخوذ منه بالنصف على الآخر . وقال الحناطي وغيره . لا يرجع واحد منهما على الآخر ، لأن التغرير كامل من كل واحد منهما . ولو ذكرت للوكيل حريتها ، ثم ذكرها الوكيل للزوج ، رجع المغرور على الوكيل والوكيل عليها بعد العتق . وإن ذكرت للوكيل ثم ذكرت للزوج ، فالرجوع عليها وإن ذكر الوكيل للزوج أيضاً ، لأنها لمّا شافهت الزوج خرج الوكيل من الوسط ، هكذا ذكره البغوي . وعلى هذا ، فصورة تغريرهما أن يذكرا معاً .

المسألة الرابعة : لو خرجت التي غر بحريتها مدبرة أو مكاتبة ، أو أم ولد أو معلقة بصفة ، فالكلام في صحة النكاح ، ثم في إثبات الخيار كما سبق ، إذا كانت قنة ، لكن إذا خرجت مكاتبة وفسخ النكاح ، فلا مهر لها إذا كان الغرور منها ، لأن المهر للمكاتبة فلا معنى للغرم لها والاسترداد منها .

وهل يجب أقل ما يجوز أن يكون مهراً ؟ فيه الخلاف السابق في العيب . والأولاد الحاصلون قبل علمه بالحال أحرار ، وعلى المغرور قيمتهم . ولمن تكون القيمة ؟ يبنى على أن ولد المكاتبة قنّ للسيد أم مكاتب كالأم ؟ وفيه قولان . وإذا قلنا : إنه مكاتب فقتله قاتل ، فهل قيمته للسيد أم للمكاتبة تستعين به في الأداء ؟ فيه قولان[1] فإذا قلنا : الولد للسيد ، أو قلنا : هو مكاتب ، وإذا قتل ، فالقيمة للسيد ، غرم المغرور قيمة الأولاد للسيد ، ويرجع بها على الوكيل ، وعليها إن غرت ، ويأخذ من كسبها . فإن لم يكن كسب ، ففي ذمتها إلى أن تعتق . وإن قلنا : إن القيمة لها ، فإن كان الغرور منها ، لم يغرم القيمة لها كالمهر ، وإن كان من الوكيل ، غرم لها ورجع على الوكيل .

فرع : إذا حكمنا ببطلان النكاح بخلف الشرط ، فالرجوع بمهر المثل إذا غرمه الزوج بالوطء والرجوع بقيمة الأولاد إذا غرمها على ما ذكرناه تفريعاً على صحة النكاح .

---

(١) قال الشيخ البلقيني : الأظهر من القولين أن القيمة للسيد .

فرع : ما ذكرناه من وجوب قيمة الولد ، هو فيما إذا انفصل الجنين حيّاً . فلو انفصل ميتاً ، نظر إن انفصل بغير جناية ، فلا شيء عليه ، ويجيء فيه وجه سبق نظيره في وطء الغاصب جاهلاً بالتحريم . وإن انفصل بجناية ، بأن ضرب بطنها فأجهضت ، فله أحوال .

أحدها : أن يكون الجاني أجنبياً ، فيجب على عاقلته الغرة ويغرمه المغرور ، لأنه يغرم له فيغرمه . وقيل : لا يغرمه إذ لا قيمة للميت ، والصحيح الأول ، وضمانه عشر قيمة الأم ، لأن الجنين الرقيق يغرم بهذا القدر .

فإن كانت قيمة الغرة مثل عشر قيمة الأم ، أو أكثر ، فالمستحق للسيد عشر القيمة ، وإن كان العشر أكثر ، فوجهان . أصحهما : يستحق العشر وهو اختيار القاضي حسين والامام وغيرهما ، ونسبه البغوي إلى العراقيين ، لأنه قدر ما فوته . والثاني : ليس له إلا قدر الغرة ، ويعبر عن هذا بأن الواجب أقل الأمرين . فعلى الأول لا يتوقف تغريمه على حصول الغرة له . وعلى الثاني ، يتوقف وينظر إلى ما يحصل له من الغرة ، فإن كان يجوز ميراث الجنين ، فذاك ، وإلا ، فيغرم أقل الأمرين من حصته من الغرة والعشر ، ولا يتصور أن يرث مع الأب المغرور إلا الجدة أم الأم ، ولا تسقط بالأم لأنها رقيقة .

الثاني : أن يكون الجاني هو المغرور ، فعلى عاقلته الغرة ، ويلزم المغرور عشر قيمة الأم إن قلنا في الحال الأول بالأصح : أنه يستحق العشر وتسلم الغرة للورثة ، وإن قلنا بأقل الأمرين ، تعلق حق السيد بالغرة فيؤدي منها ، وما فضل يكون للورثة . وعلى التقديرين ، لا يرث المغرور منها شيئاً ، لأنه قاتل ولا يحجب من بعده من العصبات .

فإن كان المغرور عبداً ، تعلقت الغرة برقبته . ثم إن اعتبرنا الغرة ولم نوجب زيادة عليها ، فإذا حصلت الغرة ، صرف إلى السيد منها عشر قيمة الأم ، فإن فضل شيء ، فهو للورثة ، وإن اعتبرنا التفويت ، سلمت الغرة للورثة ، وتعلق السيد بذمة المغرور .

الثالث : أن يكون الجاني عبد المغرور ، فإن اعتبرنا التفويت ، فحق سيد الأمة على المغرور ، ولا تتعلق الغرة برقبته إن كان المغرور حائز ميراث الجنين ، لأنه

لا يستحق على عبده شيئاً ، وإن كان معه جدة الجنين ، تعلق نصيبها برقبته ، وإن اعتبرنا أقل الأمرين ، تعلقت الغرة برقبته ليؤدي منها حق السيد . فإن فضل منها شيء ، فعلى ما ذكرناه .

الرابع : أن يكون الجاني سيد الأمة ، فعلى عاقلته الغرة . ثم إن اعتبرنا التفويت ، سلمت الغرة للورثة وغرم المغرور للسيد عشر قيمة الأم . قال الامام : ويجوز أن يقال : انفصاله بجناية السيد ، كانفصاله بلا جناية ، فلا يغرم المغرور شيئاً ، وإن اعتبرنا أقل الأمرين ، فإذا حصلت الغرة ، صرف منها العشر إلى السيد . فإن فضل شيء فهو للورثة . قال الامام : إذا كانت الغرة قدر العشر أو أقل ، وصرفناها إلى السيد ، كان الحاصل إيجاب المال على عاقلة الجاني للجاني وهو مستبعد .

فرع : خيار الخلف هل هو على الفور ؟ فيه طريقان حكاهما ابن كج وغيره ، المذهب : نعم كخيار العيب ، والثاني : على أقوال خيار العتق . قال البغوي : وإذا أثبتنا الفسخ ، انفرد به من له الخيار ، ولا يفتقر إلى الحاكم كخيار عيب المبيع ، ولكن هذا مختلف فيه ، فليكن كخيار عيب النكاح .

السبب الثالث : العتق ، فإذا عتقت أمة تحت حر ، فلا خيار لها ، وإن عتقت تحت عبد ، فلها الخيار إن عتقت كلها ، فإن أعتق بعضها ، فلا خيار . وقال المزني : لها الخيار .

ولو دبرت أو كوتبت أو علق عتقها بصفة ، فلا خيار . ولو عتقت تحت مكاتب أو مدبر أو من بعضه رقيق ، فلها الخيار . ولو عتق الزوج وتحته أمة ، فلا خيار له على الصحيح أو المشهور . ولو عتقا معاً ، فلا خيار. ويثبت خيار العتق للصبية والمجنونة عند البلوغ والافاقة ، ولا يقوم الولي مقامهما في الفسخ والاجازة . ولو عتق الزوج قبل أن تفسخ العتيقة ، بطل خيارها على الأظهر[1] المنصوص في « المختصر » .

---

(١) قال الشيخ البلقيني : محل هذا فيما إذا علمت وأخرت الفسخ إما على قولنا على التراخي أو لعذر أما إذا لم يعلم بعتقها فقال الماوردي في الحاوي : الخيار باق على الأقاويل كلها . انتهى ما أردته منه .

فروع : الأول : طلقها رجعياً فعتقت في العدة ، فلها الفسخ ليقطع سلطنة الرجعة وقيل : الفسخ موقوف ، إن راجعها ، نفذ ، وإلا ، فلا . والصحيح الأول . وإذا فسخت هل تستأنف عدة ، أم تكفي بقية العدة ؟ كما لو طلق الرجعية وإذا قلنا بالبناء ، فتكمل عدة حرة أو أمة؟ فيه خلاف موضعه «كتاب العدد» ولو أخرت الفسخ ، فلها ذلك ، ولا يبطل خيارها . ولو أجازت ، لم تنفذ الاجازة ، لأنها محرمة جارية إلى بينونة ، فالاجازة لا تلائم حالها . قال الامام : ولم يخرجوه على وقف العقود ، لأن شرط الوقف أن يكون مورد العقد [قابلاً لمقصود العقد][1] وحكي عن الشيخ أبي محمد حكاية وجه في نفوذ إجازتها . ونقل الغزالي عن بعضهم تخريجاً على وقف العقود ، فإن راجعها ، نفذت ، وإلا ، فلا .

ولو ثبت لها خيار العتق ، فطلقها قبل أن تفسخ ، فإن كان طلاقاً رجعياً ، بقي حقها في الفسخ والحكم كما لو أعتقت في العدة . وإن كان بائناً ، فقولان . أحدهما : أن الطلاق موقوف ، وإن فسخت ، بان أنه لم يقع ، وإلا بان وقوعه وهذا نصه في « الأم » . وأظهرهما : يقع وهو نصه في « الإملاء » لمصادفته النكاح ، ويبطل الخيار ، ومنهم من أنكر القول الأول .

ولو طلق الزوج المعيب قبل فسخها ، ففي وقوع الطلاق ووقفه هذا الخلاف[2] .

الفرع الثاني : إذا فسخت العتيقة قبل الدخول ، فلا مهر ، وليس للسيد منعها من الفسخ . وإن فسخت بعد الدخول ، نظر ، إن تقدم الدخول على العتق ، وجب المسمى ، وإن تأخر عنه وكانت جاهلة بالحال ، وجب مهر المثل على المذهب . وقيل : المسمى ، وقيل : خلاف فيهما . وأيهما أوجبناه ، فهو للسيد ، وكذا لو اختارت المقام معه ، وجرى في العقد تسمية صحيحة أو فاسدة ، فالمهر للسيد ، لأنه وجب بالعقد . وإن زوجها مفوضة ، فإن دخل بها الزوج أو فرض لها قبل العتق[3] فهو للسيد أيضاً . وإن عتقت ثم دخل بها ، أو فرض لها ، فهل المهر للسيد

---

(١) في هامش « ط » زيادة من مخطوطات الظاهرية وهي مثبت في أصلنا .

(٢) قال الشيخ البلقيني : نقل في البيان عن الشيخ أبي حامد أنه لا خلاف في نفوذ طلاق المعيب .

(٣) في هامش « ط » « في الأصل قبل الدخول » .

أم لا ؟ قولان بناءً على أن مهر المفوضة يجب بالعقد أم بالفرض أو الدخول .

الفرع الثالث : خيار العتق على الفور على الأظهر ، وفي قول : يمتد ثلاثة أيام ، وفي قول : إلى أن يصرح بإسقاطه ، أو تمكن من الوطء طائعة . وفي وجه : تتقدر بالمجلس . فإن قلنا بالفور ، فهو كما ذكرنا في الرد بالعيب في البيع وفي الشفعة . قال الامام تفريعاً على القول الثاني : ابتداء الأيام الثلاثة من وقت تخييرها ، وذلك إذا علمت بالعتق وثبوت الخيار ، ولا يحسب من وقت العتق . وذكر تفريعاً على القول الثالث ، لأنها لو مكنت ولم يصبها الزوج ، لم يبطل حقها ، لأن التمكين من الوطء لا يتحقق إلا عند حصول الوطء ، وأنه لو أصابها الزوج قهراً ، ففي سقوط الخيار تردد لتمكنها من الفسخ عند الوطء ، فإن كان قبض على فمها ، بقي حقها قطعاً . وعلى هذا القول لو قال : أصبتها فأنكرت ، فأيهما يصدق ؟ وجهان حكاهما ابن كج ، لأن الأصل بقاء النكاح وعدم الاصابة . وإذا اعتبرنا الفور ، فتمكنت ولم تفسخ ، أومضت الأيام الثلاثة ، أومكنت من الوطء ، إذا اعتبرنا ذلك ، ثم ادعت الجهل بالعتق ، صدقت بيمينها إن لم يكذبها ظاهر الحال . فإن كذبها ، بأن كانت معه في بيته ويبعد خفاء العتق عليها ، فالمصدق الزوج ، هذا هو المذهب . وقيل : في المصدق قولان مطلقاً . فإن ادعت الجهل بأن العتق يثبت الخيار ، صدقت على الأظهر . ولو ادعت الجهل بأن الخيار على الفور ، قال الغزالي : لا تعذر ، ولم أر المسألة لغيره من الأصحاب ، ولكن ذكرها العبادي في « الرقم » . وقال : إن كانت قديمة العهد بالاسلام وخالطت أهله ، لم تعذر ، وإن كانت حديثة العهد به أو لم تخالط أهله ، فقولان[1] .

فرع : هذا الفسخ لا يحتاج إلى مراجعة الحاكم ، ولا إلى المرافعة إليه ، لأنه ثابت بالنص والاجماع ، كالرد بالعيب والشفعة .

قلت : وللزوج وطء العتيقة ما لم تفسخ ، وكذا لزوج الصغيرة والمجنونة ، العتيقين وطؤهما ما لم تفسخا بعد البلوغ والإفاقة . والله أعلم .

---

(١) قال في المهمات : دعوى الجهل بالفور مذكور في الشامل لابن الصباغ في اللعان وحكي فيها قولان من غير تفصيل بين قريبة العهد بالإسلام وغيرها . انتهى ما أردته منه وكذلك صرح به الجرجاني في الشافي في باب اللعان أيضاً .

السبب الرابع : التعنين ، فالتعنين مثبت للخيار ، وكذا الجب إن لم يبق ما يمكن الجماع به ، كأن لا يبقى قدر الحشفة ، فإن بقي دون قدر الحشفة ، أو بقي قدرها فأكثر ، فلا خيار بسبب الجب على المذهب . وعن ابن سلمة ، أنه خرجه على قولين كالخصي . فعلى المذهب : لو عجز عن الجماع به ، فهو كالسليم العاجز ، فتضرب له المدة . وعن الشيخ أبي حامد ، ثبوت الخيار في الحال ، لأن العيب متحقق ، والظاهر دوام العجز ، وفي معناه المرض المزمن الذي لا يتوقع زواله ، ولا يمكن الجماع معه ، كذا ذكره الشيخ أبو محمد وغيره .

ولو وجدت زوجاً خصياً موجوء الخصيتين أو مسلولهما ، فلا خيار على الأظهر الجديد . وقيل : لا خيار قطعاً[١] .

فرع : العنة الطارئة لا تؤثر ، لأن القدرة تحققت بالوطء ، فالعجز بعارض .

ولو كان له امرأتان، فعنّ عن إحداهما دون الاخرى ، ثبت الخيار لاتي عنّ عنها ، لفوات الاستمتاع . قال الأصحاب : وقد يتفق ذلك لانحباس الشهوة عن امرأة معينة بسبب نفرة أو حياءٍ ، على غيرها لميل أو أنس . فأما العجز المحقق لضعف في الدماغ أو القلب أو الكبد ، أو لخلل[٢] في نفس الآلة ، فإنه لا يختلف بالنسوة ، وكذلك قد يفرض العجز عن القبل والقدرة على الدبر ، فيثبت الخيار على الصحيح . وحكى الحناطي فيه وجهاً بعيداً ، ولو عجز عن افتراع بكر وقدر على ثيب ، فللبكر الخيار .

فصل : إذا اعترفت[٣] بقدرته على الوطء وقالت : إنه يمتنع منه ، فلا خيار لها ، وهل لها مطالبته بوطأة واحدة ؟ وهل يجبر هو عليها ؟ وجهان . أصحهما : لا ، لأنه حقه ، فلا يجبر عليه كسائر الوطآت . والثاني : نعم لمعنيين . أحدهما : استقرار المهر . والثاني : حصول الاستمتاع للتعفف . فإن قلنا : تجب الوطأة

---

(١) قال الشيخ البلقيني : كلامه يقتضي أن مقابله قديم وليس كذلك فقد نص عليه في مختصر المزني فقال : وللمرأة الخيار في المجبوب وغير المجبوب من ساعتها لأن المجبوب لا يجامع أبداً وإن الخصي ناقص عن الرجال وإن كان له ذكر إلا أن تكون علمت فلا خيار لها .

(٢) في هامش « ط » في الأصل تخلل .

(٣) في هامش « ط » في الأصل عرفت .

فكانت أمة ، فالطلب للسيد على المعنى الأول ، ولها على الثاني .

ولو أبرأت الحرة عن مهرها ، فلا مطالبة على المعنى الأول ، وتطالب على الثاني ، ولا يرهق إلى الوطء بل يمهل ليستعد له على العادة .

ولو كان به مرض أو عذر ، أُمهل إلى زواله . وإن أصر على الامتناع بلا عذر ، حبس . قال الامام : ولا يبعد أن يخرَّج من الايلاء أن يطلق القاضي عليه ، لكن لم يخرجوه[1] .

فرع : تسقط مطالبة العنين بالفسخ ، وغير العنين إذا أوجبنا وطأه بتغيب الحشفة ، فإن أحكام الوطء كلها منوطة[2] به كالتحليل ، والتحصين ، والحدود ، والكفارة ، والغسل ، وفساد العبادة ، وثبوت المصاهرة وغيرها . قال الامام : وسببه بعد الاتباع ، أن الحشفة هي التي تحس[3] تلك اللذة ، قال : ويعني بتغيبها أن يشتمل الشفران وملتقاهما عليها .

أما لو انقلب الشفران إلى الباطن وكانت الحشفة تلاقي ما انعكس من البشرة الظاهرة ، ففيه تردد ، لأنها حصلت في حيز الباطن . وذكر البغوي ، أن أقل ما يزول به حكم التعنين إن كانت بكراً أن يفتضها بآلة الافتضاض . وإن كانت ثيباً ، فإن تغيب الحشفة ، وهذا يدل على الافتضاض لا يحصل بتغييب الحشفة .

ولو جب بعض ذكره فغيب من الباقي قدر الحشفة ، فهو كتغيب الحشفة من السليم . وقيل : يعتبر تغيب جميع الباقي وهو ظاهر نصه في « المختصر » ورجحه بعضهم ، والأول أصح وظاهر النص مؤوَّل .

فصل : وجدته عنيناً فرفعته إلى القاضي وادعت عنته ، فإن أقر بها أو أقامت بينة على إقراره بها ، ثبتت . وإن أنكر ، حلف ، فإن حلف ، لم يطالب بتحقيق ما

---

(١) قال الشيخ البلقيني : ذكر الماوردي المسألة فقال : وإن كان غير معذور أخذه الحاكم إذا رفعته الزوجة إليه بالوطء أو الطلاق كما يؤخذ المولى بهما ولم يؤجله لأنه ليس بعنين ولا يطلق عليه الحاكم بخلاف المولى في أحد القولين بل يحبس حتى يفعل أحد الأمرين من الوطء أو الطلاق فامتنع من تخريجه على الإيلاء وفي الفرق صعوبة وكان الفرق أن المطالبة بالوطء إما لتقرير المهر وإما لحصول التعفف ، فإذا طلق القاضي أدى إلى عكس المقصود بخلاف الإيلاء فإن الزوج قد أحدث حلفاً مضراً فقلنا : للقاضي قطع ذلك بأن يطلق على قول ولا يؤدي إلى عكس المقصود والله أعلم .

(٢) في هامش « ط » في الأصل منطوه .

(٣) في هامش « ط » في الأصل تحسن .

قاله بالوطء ، وامتنع الفسخ ، ويعود ما سبق أنه هل يطالب بوطأة واحدة ؟ وإن نكل ، فثلاثة أوجه . أصحها : ترد اليمين عليها ، ولها أن تحلف إذا بان لها عنته بقرائن الأحوال وطول الممارسة . والثاني : يقضى عليه بالنكول ، وتضرب المدة بغير يمين . والثالث : لا ترد عليها ولا يقضى بنكوله . وحكى أبو الفرج وجهاً أن تحليف الزوج لا يشرع أصلاً بناء على أن اليمين لا ترد عليها وهو ضعيف ، ثم ثبوت العنة لا يفيد الخيار في الحال ، لكن القاضي يضرب للزوج مدة سنة يمهله فيها ، وابتداؤها من وقت ضرب القاضي لا من وقت إقراره ، لأنه مختلف فيه ، وإنما تضرب المدة إذا طلبت المرأة ، لكن لو سكتت وحمل القاضي سكوتها على دهشة أو جهل ، فلا بأس بتنبيهها ثم قولها : أنا طالبة حقي على موجب الشرع ، كاف في ضرب المدة وإن جهلت تفصيل الحكم ، وسواء في المدة الحر والعبد ، فإذا تمت السنة ولم يصبها ، لم ينفسخ النكاح ، وليس لها فسخه ، بل ترفعه ثانياً إلى القاضي . وعن الاصطخري ، أن لها الفسخ بعد المدة ، والصحيح الأول . وإذا رفعته إليه ، فإن ادعى الاصابة في المدة ، حلف ، فإن نكل ، ردت اليمين على المرأة ، وفيه الخلاف السابق . وإذا حلفت ، أو أقر أنه لم يصبها في المدة ، فقد جاء وقت الفسخ ، فإن استمهل ثلاثاً ، فهل يمهل ؟ فيه الخلاف المذكور في الايلاء .

وفي استقلالها بالفسخ وجهان . أصحهما : الاستقلال كما يستقل بالفسخ من وجد بالمبيع تغيراً وأنكر البائع كونه عيباً ، وأقام المشتري بينة عند القاضي . والثاني : أن الفسخ إلى القاضي ، لأنه محل نظر واجتهاد ، أو يأمرها بالفسخ ، وهذان الوجهان في الاستقلال بعد المرافعة ، والوجهان السابقان في فصل العيوب مفروضان في الاستقلال دون المرافعة . وإذا قلنا : لها الفسخ بنفسها ، فهل يكفي لنفوذ الفسخ إقرار الزوج ، أم لا بد من قول القاضي : ثبتت العنة أو ثبت حق الفسخ فاختاري ؟ فيه وجهان . أصحهما : الثاني .

ولو قالت : اخترت الفسخ ، ولم يقل القاضي : نفذته ، ثم رجعت ، هل يصح الرجوع ويبطل الفسخ ؟ وجهان في مجموع ابن القطان : أصحهما المنع[1] . ويشبه أن يكون هذا الخلاف مفرعاً على استقلالها بالفسخ ، أما إذا

---

(١) قال الشيخ البلقيني : يقرب من هذا الفرع ما لو رد الموقوف عليه الوقف وقلنا : يريد برده وهو الأصح =

فسخت بإذنه ، فإن الإذن السابق كالتنفيذ .

فرع : إنما تحسب المدة إذا لم تعتزل عنه . فإن اعتزلت أو مرضت ، لم تحسب .

ولو سافرت حبست الأصل لئلا يدافع المطالبة بذلك . وإذا عرض ما يمنع الاحتساب في أثناء السنة وزال ، فالقياس أن يستأنف السنة أو ينتظر مضي مثل ذلك[1] الفصل في السنة الأخرى .

فرع : الفسخ بالعنة بعد ثبوتها ، كالفسخ بسائر العيوب ، والمذهب أنه على الفور ، ويجيء فيه الخلاف السابق هناك . وإذا رضيت بالمقام معه بعد مضي المدة ، يسقط حقها من الفسخ ، ولا رجوع لها إليه . فإن فسخت في أثناء المدة ، لم تنفذ . وإن أجازت ورضيت بالمقام معه في المدة ، أو قبل ضرب المدة ، فالأظهر أنه لغو ، ويثبت لها الخيار بعد المدة .

وإن رضيت بعد المدة ثم طلقها رجعياً ثم راجعها ، لم يعد حق الفسخ ، لأنها رضيت بعنّته في هذا النكاح ، ويتصور الطلاق الرجعي بغير وطء يزيل العنة ، بأن يستدخل ماءه ، أو يطأها في الدبر ، فتجب العدة وحكم[2] العنة باق . ولو بانت بانقضاء العدة ، أو كان الطلاق بائناً ، أو فسخت النكاح ، ثم تزوجها ثانياً ، ففي تجدد حق الفسخ قولان . أظهرهما : التجدد ، لأنه نكاح جديد ، وتضرب المدة ثانياً .

= فلو رجع قال الروياني : إن رجع قبل حكم الحاكم برده إلى غيره كان له وإن حكم به لغيره بطل حقه كذلك نقله المصنف تبعاً لأصله في باب الوقف ولم يتعقبه ونقل المصنف من زيادته في الوقف عن الشيخ أبي عمرو بن الصلاح أن المتصرف في النظر بشرط الواقف لو عزل نفسه انعزل ولم يزد على ذلك ولا نعلم خلافاً في الوكيل والوصي والقاضي فليتأمل . انتهى . وعبارة الروضة نقلاً عن ابن الصلاح « ولو عزل الناظر المعين حالة إنشاء الوقف نفسه فليس للواقف نصب غيره فإنه لا نظر له بعد أن جعل النظر في حالة الوقف لغيره بل ينصب الحاكم ناظراً » . انتهى فلم يصرح بأنه انعزل وأما قوله بل ينصب الحاكم ناظراً محتمل لما قاله الشيخ ويحتمل عدم الانعزال وإنما أقام القاضي ناظراً خشية التعطيل كما إذا امتنع الناظر من مباشرة النظر وقول الشيخ والوصي والقاضي فيه نظر .

(١) في هامش « ط » في الأصل تلك .

(٢) ما ذكره الشيخ من ثبوت الرجعة باستدخال الماء مخالف لما صححه في محرمات النكاح .

ولو نكح امرأة ابتداءً ، وأعلمها أنه عنين ، فقال صاحب « الشامل » وغيره : هو على القولين . وذكر البغوي ، فيما إذا نكح امرأة ابتداءً وهي تعلم أنه حكم بعنته في حق امرأة أخرى ، طريقين . أحدهما : على القولين . والثاني : القطع بالثبوت ، لأنه قد يعجز عن امرأة دون أخرى .

ولو نكح امرأة أو أصابها ثم أبانها ثم نكحها وعنّ عنها ، فلها الخيار قطعاً[1] لأنها نكحته[2] غير عالمة بعنّته .

فرع : إذا ادعت امرأة الصبي والمجنون العنة ، لم تسمع دعواها ولم تضرب مدة ، لأن المدة والفسخ يعتمدان إقرار الزوج أو يمينها بعد نكوله ، وقولهما ساقط . ونقل المزني أنه إن لم يجامعها الصبي ، أجِّل ، ولم يثبته عامة الأصحاب قولاً وقالوا : غلط المزني . وإنما قال الشافعي في « الأم » والقديم : إن لم يجامعها الخصي ، أجل ، وهذا المذكور في الخصي تفريع على أنه لا خيار بالإخصاء أو رضيت به ووجدته مع الاخصاء عنيناً ، وإلا ، فالخيار في الخصي لا تأجيل فيه كالجب . وحكى الحناطي وجهاً أن المراهق الذي يتأتى منه الجماع ، تسمع دعوى التعنين عليه وتضرب له المدة ، وبه قال المزني وهو ضعيف .

فرع : جن الزوج في أثناء السنة ، ومضت السنة وهو مجنون ، فطلبت الفرقة ، لم تجب إليها ، لأنه لا يصح إقراره .

فرع : مضت السنة فأمهلته شهراً أو سنة أخرى ، فوجهان . أحدهما وبه قال ابن القطان وغيره : لها ذلك ، ولها أن تعود إلى الفسخ متى شاءت ، كما إذا أمهل بعد حلول الأجل لا يلزم الامهال ، والصحيح بطلان حقها بهذا الامهال لأنه على الفور .

فرع : إذا فسخت بالعنة ، فلا مهر على المشهور ، لأنه فسخ قبل الدخول . وفي قول : يجب نصف المهر ، وفي قول كله ، حكاهما صاحب « التقريب » عن حكاية الاصطخري .

---

(١) في هامش « ط » في الأصل قطعها .

(٢) في هامش « ط » في الأصل حكته .

فصل : قال الأصحاب : إذا اختلف الزوجان في الوطء ، فالقول قول نافيه عملاً بأصل العدم إلا في ثلاثة مواضع(١) .

إحداها : إذا ادعت عنته فقال : أصبتها ، فالقول قوله بيمينه ، سواء كان ذلك قبل المدة أو بعدها ، وسواء كان خصياً أو مقطوع بعض الذكر ، إذا كان الباقي بحيث يمكن الجماع به ، أو ادعت عجزه ، وقيل : في الخصي والمقطوع ، فالقول قولها بيمينها ، لأن ذلك يقوي جانبها ، والصحيح الأول . ولو اختلفا في القدر الباقي ، هل يمكن الجماع به؟ قال الأكثرون : فالقول قولها . وقال صاحب «الشامل» : ينبغي أن يرى أهل الخبرة ليعرفوا قدره ، ويخبروا عن الحال ، كما لو ادعت أنه مجبوب فأنكر ، قال المتولي : وهذا هو الأصح . ولو ادعت عجزه بعد مضي السنة ، وادعى أنها امتنعت ، فإن كان لأحدهما بينة ، حكم بها ، وإلا ، فالقول قوله ، لأن الأصل

---

(١) قال في المهمات : يرد على الحصر مسائل :

الأولى : تزوجها بشرط البكارة فوجدت ثيباً فقالت : زالت البكارة عندك وقال : كنت ثيباً فالقول قولها بيمينها لدفع الفسخ . وقوله بيمينه لدفع كمال المهر . قاله البغوي ولم يعترضاه .

الثانية : قال لها وهي طاهر أنت طالق للسنة ثم قال وطئتك في هذا المهر ولم يقع طلاق في الحال وقالت : لم يجامع فوقع .

قال إسماعيل البوشنجي : مقتضى المذهب أن القول قوله ولم يعترضاه ومثله قول القاضي الحسين في فتاويه فيما إذا قال إن لم أنفق عليك اليوم فأنت طالق فادعى الانفاق عليها كان القول قوله بالنسبة لعدم وقوع الطلاق وقولها بالنسبة لعدم سقوط النفقة لكن ذكر ابن الصلاح في فتاويه أن الظاهر الوقوع في هذه المسألة عملاً بالأصل .

الثالثة : إذا تزوجت المطلقة ثلاثاً بزوج وادعت أنه أصابها وأنكر قبل قولها لتحل للمطلق ولا يلزم الزوج إلا نصف المهر ذكره الرافعي في الكلام على التحليل .

الرابعة : عتقت الأمة تحت عبد وقلنا يمتد خيارها إلى الوطء فادعاه وأنكرت ففي المصدق منهما وجهان بلا ترجيح لتقابل أصلين بقاء النكاح وعدم الوطء . انتهى .

وما نقله الشيخ الأسنوي عن فتاوى الشيخ ابن الصلاح أن الظاهر الوقوع يؤيده ما ذكره الشيخ في أصل الروضة في كتاب الايمان حلف لا يخرج فلان إلا بإذنه فأذن بحيث لم يسمعه المأذون له ولم يعلم وخرج فطريقان المذهب والمنصوص والذي قطع به الجمهور لا يحنث لأن الاذن وارعى قد حصل ، ثم قال : وعلى هذا الخلاف ما إذا قال لزوجته إن خرجت بغير إذني فأنت طالق فأذن وخرجت وهي جاهلة بالإذن ، وينبغي أن يُشهد على الإذن ليثبته عند التنازع ، فإن لم يكن بينة فهي المصدقة بيمينها في إنكار الإذن ، وفي كتاب ابن كج أن الزوج هو المصدق . انتهى فكلام القاضي إنما يتمشى على كلام ابن كج والأرجح الحنث .

دوام النكاح . فإذا حلف ، ضرب القاضي المدة ثانياً وأسكنهما[١] في جوار قوم ثقاتٍ يتفقدون حالهما . فإذا مضت المدة ، اعتمد القاضي قول الثقات وجرى عليه ، كذا ذكره المتولي .

الثاني : إذا طالبته في الايلاء بالفيأة والطلاق فقال : وطئتها ، فالقول قوله استدامة للنكاح . ولو قالت في هذين الموضعين : أنا بكر ، فوجهان . أحدهما وهو ظاهر النص : إن شهد أربع نسوة ببكارتها ، وحكم بعدم الاصابة من غير تحليفها ، فلو قال بعد شهادتهن : أصبتها ولم أبالغ ، فعادت البكارة وطلب يمينها ، سمعت دعواه وحلفت . وإن لم يدَّع شيئاً ، لم تحلف .

والثاني وبه قال أبو علي في « الافصاح » وابن القطان وابن كج ، والامام والغزالي وغيرهم : تحلف الزوجة مع البينة على قيام البكارة ، لأن البكارة وإن كانت موجودة ، فاحتمال الزوال والعود قائم ، وإن لم يدَّع الزوج ، فلا بد من الاحتياط . ثم إذا حلفت بعد دعواه أو دونها حلفت على أنه لم يصبها ، أو على أن بكارتها هي البكارة الأصلية ، ولها حق الفسخ بعد يمينها . وإن نكلت ، حلف الزوج وبطل الخيار . وإن نكل الزوج أيضاً ، فوجهان . أصحهما : لها الفسخ ويكون نكوله كحلفها ، لأن الظاهر أن بكارتها هي الأصلية . والثاني : المنع لأن ما قاله محتمل ، والأصل دوام النكاح .

الموضع الثالث : قالت ، طلقني بعد الدخول فلي كل المهر ، فقال : بل قبله فلك النصف ، فالقول قوله للأصل ، وعليها العدة مؤاخذة بقولها ، ولا نفقة ولا سكنى ، وللزوج نكاح بنتها وأُختها وأربعاً سواها في الحال . فلو أتت بولدٍ لزمن محتمل ، ثبت النسب وتقوى به جانبها ، فيرجع إلى تصديقها ، وتطالب الزوج بالنصف الثاني ، ولا بد من يمينها على ما ذكره الامام والعبادي ، لأن ثبوت النسب لا يورث يقين الوطء[٢] ، ويمكن أن يجيء فيه الخلاف المذكور فيما إذا ظهرت البكارة ، وهذه الصورة هي محل الاستثناء من تصديق النافي . فإن لاعن الزوج ونفى الولد ، فقد زال المرجح فتعود إلى تصديقه ، ويستمر الأمر على ما سبق .

---

(١) في هامش الأصل وأسكنها .

(٢) في هامش « ط » في الأصل بغير الوطء .

وحيث قلنا : القول قول نافي الاصابة ، فذلك إذا لم يوافق على جريان خلوه ، فإن وافق، فقولان. أظهرهما: أن الحكم كذلك، والثاني: تصديق المثبت. فعلى هذا : تضم هذه الصورة إلى مواضع الاستثناء من تصديق النافي وتصير أربعة ، وبالله التوفيق .

قلت : عجب قول الامام الرافعي رحمه الله : فيما إذا أتت بولد لزمن محتمل أنها المصدقة ويمكن أن يجيء فيه الخلاف ، والمسألة مشهورة ، ففي « المهذب » و « التنبيه » وغيرهما[1] من الكتب المشهورة ، في المسألة قولان ، في أن القول قولها ، أم قوله[2] ، لأن النسب يثبت بالامكان ، ولأنه قد يؤلج بعض الحشفة أو يباشر فيما قارب الفرج فيدخل المني فيلحق النسب ولا وطء . والله أعلم .

الباب التاسع فيما يملك الزوج من الاستمتاع

وفيه مسائل .

إحداها : له جميع أنواع الاستمتاع ، إلا النظر إلى الفرج ، ففيه خلاف سبق في حكم النظر ، وإلا الاتيان في الدبر ، فإنه حرام ، ويجوز التلذذ بما بين الاليتين ، والايلاج في القبل من جهة الدبر .

فرع : الاتيان في الدبر كالإتيان في القبل في أكثر الأحكام ، كإفساد العبادة ووجوب الغسل من الجانبين ووجوب الكفارة في الصوم وغيرها ، لكن لا يحصل به الاحصان ولا التحليل ، ولا الفيأة في الايلاء ، ولا يزول حكم التعنين ، وفي هذين الأخيرين وجه ضعيف .

ويثبت به النسب على الأصح ، وإنما يظهر الوجهان فيما إذا أتى السيد أمته في دبرها ، أو كان ذلك في نكاح فاسد . فأما في النكاح الصحيح ، فإمكان الوطء كاف في ثبوت النسب ، ويجب به مهر المثل في النكاح الفاسد قطعاً ، ويستقر به المسمى في النكاح الصحيح على المذهب . فإن قلنا : فقال الحناطي : لها مهر المثل ، فإن

(١) في هامش « ط » في الأصل وغيره .

(٢) اعترض على الشيخ بأن بحث الرافعي إنما هو في يمينها لا في تصديقها فإنه ذكره عقب ذكر يمينها وصرح بذلك أيضاً في الشرح الصغير ، وقد حكى الرافعي الخلاف في تصديقها في آخر الإيلاء .

وطئها بعده ، فلها المسمى وترد مهر المثل على الأصح . وفي وجه : لها المسمى ومهر المثل . وإن لم يطأها وطلقها ، فقد وجب لها مهر المثل ، وللزوج عندها المسمى . فإن كانا من جنس ، جرت أقوال التقاص ، وهذا كلام مظلم لا يهتدى إليه .

قلت : الذي يقتضيه كلام الأصحاب ، إنا إذا قلنا : لا يستقر المسمى ، لا يجب أيضاً مهر المثل ، وهذا الذي ذكره الحناطي مظلم كما قال الرافعي ، وعجبٌ قوله : وإذا طلقها قبل الدخول ، له عليها المسمى ، وقد علم أن الطلاق قبل الدخول يشطر المسمى . والله أعلم .

وتثبت به المصاهرة على الأصح ، والعدة على الصحيح ، ولا يشترط نطق المصابة في دبرها إذا استؤذنت في النكاح في الأصح . وإذا وطىء أمته أو زوجته في دبرها ، فلا حد على الصحيح .

قلت : قال أصحابنا : حكم الوطء في الدبر كالقبل إلا في سبعة أحكام[1] : التحليل ، والتحصين ، والخروج من الفيأة ، والتعنين ، وتغير إذن البكر .

---

(١) قال في المهمات :
يرد على حصره مسائل :
إحداها : النظر إلى دبر المرأة حرام . قال الدارمي في الاستذكار وإن جاز الاستمتاع بما بين أليتيها وهذه الصورة لا ترد على الروضة ، لأن الكلام في حكم الوطء خاصة وليس الكلام في أن حكم القبل يخالف الدبر .
ثم قال : **الثانية** : المفعول به إذا كان صائماً في رمضان لا يجب عليه كفارة بلا خلاف رجلاً كان أو امرأة . حكاه ابن الرفعة في الصيام عن القاضي أبي الطيب والبندنيجي في المفعول بها في القبل قولان مشهوران نعم جزم الماوردي في النكاح من الحاوي بأن حكمه في ذلك حكم القبل .
قال في التوسط : جزم في البيان وغيره أن الخنثى لو أتى في دبره وجبت الكفارة ، أي إن قلنا تجب الكفارة على المرأة .
ثم قال ـ أعني في المهمات ـ أنه لا رجم على المفعول به ، ولو أحصن ، وإنما يجلد كما سيأتي في بابه ، وهذا أيضاً لا يرد لأنه لا يتصور إحصان في الدبر فامتنع الرجم لكونه ليس محصناً في ذلك المحل .
ثم قال : **الرابعة** : إذا خرج الدم لا يكون حيضاً وهذه لا ترد لأن الكلام في كما تقدم التنبيه عليه .
ثم قال : **الخامسة** : عدم لحاق النسب بالإتيان فيه على اضطراب فيه ، وذكر صاحب الخادم مسائل كثيرة لا ترد فتركتها .

والسادس ، أن الدبر لا يحل بحال ، والقبل يحل في الزوجة والمملوكة . والسابع : إذا جومعت الكبيرة في دبرها ، فاغتسلت ثم خرج مني الرجل من دبرها ، لم يجب غسل ثان ، بخلاف القبل ، فقد يجيء في بعض المسائل وجه ضعيف ، ولكن المعتمد ما ذكرناه . والله أعلم .

المسألة الثانية : العزل : هو أن يجامع ، فإذا قارب الانزال ، نزع فأنزل خارج الفرج ، والأولى تركه على الاطلاق . وأطلق صاحب « المهذب » ، كراهته ، ولا يحرم في السرية بلا خلاف ، صيانة للملك ، ولا يحرم في الزوجة على المذهب ، سواء الحرة والأمة بالإذن وغيره . وقيل : يحرم ، وقيل : يحرم بغير إذن وقيل : يحرم في الحرة .

وأما المستولدة ، ففيها خلاف مرتب على المنكوحة الحرة ، وأولى بالجواز لأنها غير راسخة في الفراش ولهذا لا يقسم لها . قال الامام : وحيث حرمنا ، فذلك إذا نزع بقصد أن يقع الانزال خارجاً تحرزاً عن الولد ، فأما إذا عن له أن ينزع لا على هذا القصد ، فيجب القطع بأن لا يحرم .

الثالثة : الاستمناء باليد حرام ، ونقل ابن كج أنه توقف فيه في القديم . والمذهب الجزم بتحريمه ، ويجوز أن يستمني بيد زوجته وجاريته ، كما يستمتع بسائر بدنها ، ذكره المتولي ، ونقله الروياني .

الرابعة : القول في تحريم الوطء في الحيض والنفاس وتحريم سائر الاستمتاعات ، كما سبق في « باب الحيض » . ونقل ابن كج عن أبي عبيد بن حربويه ، أنه يجتنب الحائض في جميع بدنها .

قلت : هذا الوجه غلط فاحش ، يخالف الأحاديث الصحيحة المشهورة كقوله ﷺ : « اصنعوا كل شيء سوى النكاح »[١] وأنه ﷺ : كان يباشر الحائض فوق الإزار[٢] .

---

(١) (أخرجه مسلم ١/٢٤٦) في كتاب الحيض / باب : جواز غسل الحائض رأس زوجها حديث (٣٠٢/١٦) .

(٢) (أخرجه البخاري ١/٤٠٣) في كتاب الحيض / باب : مباشرة الحائض حديث (٢٩٩) ، (٣٠١) .

فقد خالف قائله إجماع المسلمين . والله أعلم .

الخامسة : لا بأس أن يطوف على إمائه بغسل واحد ، لكن يستحب أن يخلل بين كل وطأين وضوءاً أو غسل الفرج ، كما ذكرنا في «كتاب الطهارة» ، ولا يتصور ذلك في الزوجات إلا بإذنهن[١] . وأما حديث « الصحيحين » أن النبي ﷺ طاف على نسائه بغسل واحد ، فمحمول على إذنهن إن قلنا : كان القسم واجباً عليه ﷺ ، وإلا فهن كالإماء .

السادسة : يكره أن يطأ وهناك أمته أو زوجته الأخرى ، وأن يتحدث بما جرى بينه وبين زوجته أو أمته[٢] .

قلت : ويُسن ملاعبته الزوجة إيناساً وتلطفاً ما لم يترتب عليه مفسده ، للحديث الصحيح « هلاّ تزوجت بكراً تلاعبها وتلاعبك[٣] . ويستحب أن لا يعطلها ، وأن لا يطيل عهدها بالجماع من غير عذر[٤] ، وأن لا يترك ذلك عند قدومه من سفره ،

---

(١) قال في المهمات : يتصور في مسائل :
إحداها : أن يطأ واحدة في آخر نوبتها ثم التي تليها في أول النوبة ثم الثالثة بعد موت الثانية أو انفساخ نكاحها .
الثانية : أن يطأ واحدة في نوبة الأخرى لظنه أنها صاحبة النوبة ثم يطأ صاحبة النوبة ثم يطأ صاحبتها .
الثالثة : أن لا يوجد من الزوجات إذن ولا منع بل يقمن عنده على العادة .
الرابعة : أن يتعدى فيطأ واحدة في نوبة كل من ضرائرها فيلزمه وفاء حقهن من نوبتها بأن يقيم عند كل منهن بقدر إقامته عندها لكن لا يكلف الوطء على الصحيح ، وحينئذ فقد يطأ الجميع متوالياً بأن يطأ صاحبة النوبة أولاً ثم يدور على الباقيات فيطأهن أو يعكس ، ونازعه الأذرعي في التوسط ، وفيما نازعه به نظر . وقال الشيخ البلقيني : يزاد عليه أن يتصور بغير إذنهن فيما إذا اعترض عنهن ولم يبت عند واحدة ففي هذه الصورة لو دار عليهن بغسل واحد جاز ولا يحتاج إلى إذنهن .
صورة ثانية : في عصمته واحدة فوطئها ثم عقد على أخرى عقب وطئها فيجوز له أن يطأها ولا حاجة إلى الإذن .
صورة ثالثة : له ثلاث زوجات ناشزات فيجوز له بغسل واحد ولا حاجة إلى إذن .

(٢) جزم الشيخ في شرح مسلم بأنه يحرم عليه أن يظهر ما جرى بينهما من أمور الاستمتاع ووصف تفاصيل ذلك ، وما جرى من المرأة من قول أو فعل .
قال : وأما مجرد الجماع فيكره ذكره إلا لفائدة .

(٣) تقدم وانظر (البخاري ٣٤٢/٩) حديث (٥٢٤٧) .
(ومسلم ١٠٨٨/٢) حديث (١٤٦٦/٥٧) .

(٤) هذه المسألة ذكرها الرافعي في أول القسم وبين ما أجمله من المسألة فقال يستحب أن يبيت عندها =

لقوله ﷺ في الحديث الصحيح « فإذا قدمت فالكيس الكيس »[١] ، أي : ابتغ الولد . والسنة أن يقول عند الجماع : باسم الله ، اللهم جنبنا الشيطان وجنب الشيطان ما رزقتنا ، للحديث الصحيح فيه[٢] .

ولا يكره الجماع مستقبل القبلة ولا مستدبرها ، لا في البنيان ولا في الصحراء ، ويحرم على الزوجة والأمة تحريماً غليظاً أن تمتنع إذا طلبها للاستمتاع الجائز ، ولا يحرم وطء المرضع والحامل ، ويكره أن تصف المرأة امرأة أخرى لزوجها من غير حاجة للحديث الصحيح ، في النهي عن ذلك .

الباب العاشر في وطء الأب جارية ابنه ونكاحه إياها ووجوب إعفافه

فيه ثلاثة أطراف .

الأول[٣] : في وطئها ، فيحرم على الأب وطء جارية ابنه مع علمه بالحال ، فإن وطئها ، نُظر ، أهي موطوءة الابن أم لا ؟

الحالة الأولى : أن لا تكون ، وفيه مسائل .

الأولى[٤] : لا حدّ على الأب لشبهة الاعفاف . وعن الإصطخري تخريج قول في وجوب الحدّ ، والمذهب الأول . وعلى هذا ، فيعزَّر على الأصح ، لحق الله تعالى . وقيل : لا يعزَّر . فعلى تخريج الإصطخري : هو كالزِّنا بأمة أجنبي . فإن أكرهها ، وجب مهر المثل ، وإن طاوعته ، فوجهان . وعلى المذهب : هو كوطء الشبهة ، فعليه المهر للابن . فإن كان موسراً ، أخذ منه . وإن كان معسراً ففي ذمته

= ويخصها وأدنى الدرجات أن لا يخلى أربع ليال من ليلة .

(١) (مسلم ٢/١٠٨٨) في الرضاع / باب : استحباب نكاح البكر حديث (٥٧/١٤٦٦) .

(٢) متفق عليه من رواية ابن عباس رضي الله عنهما .

(أخرجه البخاري ٦/٣٣٥ ـ ٣٣٧) في كتاب بدء الخلق / باب : صفة إبليس حديث (٣٢٧١ ـ ٣٢٨٣) (ومسلم ٢/١٠٥٨) في النكاح / باب : ما يستحب أن يقوله عند الجماع (١١٦/١٤٣٤) .

(٣) في « ط » الطرف الأول .

(٤) في « ط » المسألة الأولى .

إلى أن يوسر . وقيل : إن كان معسراً ، لم يثبت في ذمته . والصحيح الأول .

الثانية[١] : كما يسقط الحد ويجب المهر ، تثبت المصاهرة فتحرم[٢] الجارية على الابن أبداً ، ويستمر ملكه عليها إذا لم يوجد على الأب إحبال ، ولا شيء على الابن بتحريمها ، لأن مجرد الحِل[٣] في ملك اليمين غير متقوم ، وإنما المقصود الأعظم فيه المالية وهي باقية ، وله تزويجها وتحصيل مهرها ، بخلاف ما لو وطىء زوجة ابنه أو أبيه بالشبهة ، فإنه يغرم المهر له ، لأنه فوت الملك والحِلَّ جميعاً ، ولأن الحِلَّ هناك هو المقصود .

الثالثة[٤] : إذا أحبلها بوطئه ، فالولد نسيب حر ، كما لو وطىء جارية أجنبي بشبهة . وهل تصير الجارية أم ولد للأب ؟ فيه أقوال . أظهرها : نعم . والثالث : إن كان الأب موسراً ، فنعم ، وإلا ، فلا . وضعف الأصحاب هذا . فإن قلنا به ، قال الامام : يجب أن تخرج الأقوال الثلاثة في تعجيل الاستيلاد ، وتأخيره إلى أداء القيمة أو التوقف ، كما في سراية العتق في نصيب الشريك . وإذا قلنا : لا يثبت الاستيلاد ، فعلى الأب قيمة الولد باعتبار يوم الانفصال إن انفصل حيّاً ، لأن الرق اندفع بسببه . وإن انفصل ميتاً ، فلا شيء عليه ، ولا يجوز للابن بيع الأمة ما لم تضع ، لأنها حامل بحرٍّ ، وهل على الأب قيمتها في الحال للحيلولة ثم تسترد عند الوضع ؟ وجهان . أصحهما : المنع ، لأن يده مستمرة عليها ومنتفع بالاستخدام وغيره ، بخلاف الآبق من يد الغاصب . وهكذا الحكم في الجارية المغرور بحريتها ، والموطوءة بشبهة إذا أحبلتا ، وإذا ملك الأب هذه الجارية يوماً ، هل تصير أم ولد ؟ فيه قولان معروفان .

أمّا إذا قلنا بالأظهر : إنها تصير أُم ولد ، فيجب على الأب قيمتها مع المهر . فإن اختلفا في القيمة ، فالقول قول الأب على المذهب ، لأنه غارم ، وقيل : قولان . ومتى ينتقل الملك في الجارية إلى الأب ؟ فيه أربعة أوجه . أحدها : قبيل العلوق ليسقط ماؤه في ملكه صيانة له ، وبهذا قطع البغوي . والثاني : مع العلوق ،

---

(١) في « ط » المسألة الثانية .

(٢) في هامش « ط » في الأصل وتحرم .

(٣) في هامش « ط » في الأصل الحبل .

(٤) في « ط » المسألة الثالثة .

واختاره الامام . والثالث : عند الولادة . والرابع : عند أداء القيمة بعد الولادة[١] .

وفي وجوب قيمة الولد على الأب وجهان . أصحهما : المنع . قال الامام : لو فرض الانزال مع تغييب الحشفة ، فقد اقترن موجب المهر بالعلوق ، فينبغي أن يُنزل المهرُ منزلة قيمة الولد . والذي أطلقه الأصحاب من لزوم المهر ، محمول على ما إذا تأخر الانزال عن موجب المهر على ما هو الغالب . قال البغوي : لا ولاء على الولد إن أثبتنا الاستيلاد ، وكذا إن لم يثبت على الأصح .

الرابعة[٢] : استولد الأب جارية مشتركة بين ابنه وأجنبي ، فثبوت الاستيلاد في نصيب الابن على الأقوال السابقة ، فإن أثبتناه وكان موسراً ، سرى إلى نصيب الشريك ، فالولد حر ، وعلى الأب كمال المهر ، وكمال القيمة للابن والأجنبي . وإن كان معسراً، لم يثبت الاستيلاد في نصيب الشريك، ويكون نصف الولد حراً ونصفه رقيقاً على الأظهر . وحكى أبو سعد[٣] الهروي وجهاً أن الاسيتلاد لا يثبت في نصيب الشريك بحال، ولا يجعل حق الملك وشبهته كحقيقة الملك، ولو كان نصف الجارية للابن ونصفها حراً ، اقتصر الاستيلاد على نصيب الابن لا محالة .

الخامسة[٤] : لو كان الأب المستولِد[٥] رقيقاً ، فلا حد عليه ، ولا تصير أم ولد ، لأنه لا يملك ، والولد نسيب . وفي حريته وجهان . أفتى القفال بالحرية كولد المغرور[٦] وقيمته في ذمته إلى أن يعتق ، والمهر يتعلق برقبته إن كانت مكرهة ، وإن طاوعته ، فهل يتعلق برقبته أم بذمته ؟ قولان كما لو وطىء العبدُ أجنبية بشبهة . ولو

---

(١) لم يرجح الشيخ تبعاً لأصله شيئاً ، ورجح الشيخ المصنف في التنقيح شرط الوسيط ما اختاره الإمام وتبعه الغزالي .
وقضية كلام المنهاج تبعاً للمحرر ترجيح قبيل العلوق فإنه حكم بأنه لا قيمة للولد على الأصح . كذا قاله في الخادم والشيخ المصنف صحح في أصل الروضة أنه لا قيمة للولد أيضاً على الأصح فلا حاجة إلى استنباط ذلك من المنهاج .

(٢) في « ط » المسألة الرابعة .

(٣) في هامش « ط » في الأصل أبو سعد .

(٤) في « ط » المسألة الخامسة .

(٥) في هامش « ط » في الأصل الابن مستولد .

(٦) قال القاضي الحسين : الصحيح من المذهب المنع . وقال الشيخ البلقيني : إنه الأرجح .

كان الأب المحبل مكاتباً ، ففي ثبوت الاستيلاد وجهان ، بناءً على القولين في ثبوته إذا أولد جارية نفسه .

ولو كان نصفه حراً ونصفه رقيقاً ، لم يثبت الاستيلاد ، ويكون نصف الولد حراً ، وفي نصفه الآخر وجهان . قال البغوي : إن قلنا : إنه حر أيضاً ، فعليه كمال قيمة الولد ، نصفها في كسبه ، ونصفها في ذمته وإن قلنا : نصفه الآخر رقيق ، فعليه قيمة نصفه في كسبه .

فرع : لا فرق في الأحكام المذكورة ، بين الأب المسلم والذمي ، وتجري الأقوال في ثبوت استيلاد الذمي وإن كان الكافر لا يشتري المسلم ، لأنه ملك قهري كالارث .

فرع : وطءُ الأب جارية البنت والحفدة كجارية الابن بلا فرق .

الحالة الثانية : أن تكون الجارية موطوءة الابن ، ووطئها الأب عالماً بالحال ، فلا حدّ عليه على الأصح أو الأظهر .

والخلاف مبني على القولين في وجوب الحد على من وطىء جاريته المحرمة عليه برضاع أو نسب أو مصاهرة . الجديد الأظهر : لا حدَّ . قال الروياني في التجربة : الخلاف فيما إذا لم يكن الابن استولدها ، فإن كان ، وجب الحد قطعاً ، كذا قاله الأصحاب ، لأنه لا يتصور أن يملكها بحال ، بخلاف ما إذا كانت موطوءة غير مستولدة[1] ، فإن أوجبنا الحد على الأب ، لم تحرم الجارية على الابن ، ويجب

---

(١) قال الأذرعي : سكتا في الشرح والروضة عليه فافهما الرضى به ، لكن في الشرح الصغير لو وطىء موطوءة الابن عالماً بذلك فاصح القولين لا حد للشبهة ، ومنهم من خصص القولين بغير المستولدة وقطع فيها بالوجوب فاقتضى أنه لا فرق بين المستولدة وغيرها وهو قضية كلام الشيخ أبي حامد وغيره ولذلك حكى بعضهم في حده ثلاثة أقوال أصحها لا حد ، وثالثها التفصيل بين موطوءة الولد وغيرها ، وجمع أبو حامد في التعليق بين المستولدة والموطوءة بلا استيلاد ، وحكى فيها وجهين ، وقد يخرج من عبارة البحر به مقالة رابعة فارقة بين المستولدة وغيرها . انتهى .

وسبقه لذلك صاحب المهمات وزاد فقال : وكلام أصل الروضة بعد ذلك يدل على هذا فإنه قال : أما إذا قلنا لا حد على الأب فإن أولدها فإن كانت مستولدة الابن لم تصر مستولدة له لأن أم الولد لا تقبل النقل فصرح به بأن قول عدم الحد جار مع استيلاد الابن لها خلاف ما نقله الروياني .

وقال في الخادم : لكنه في التجربة إنما حكاه عن والده خاصة فقال : قال والدي : يجب هنا أن يقال =

المهر إن كانت مكرهة . وإن كانت طائعة ، لم يجب على الأصح . وإن أولدها ، لم تصر أم ولد له ، ويكون الولد رقيقاً غير نسيب . وعلى هذا القياس إذا وطىء الرجل جاريته المحرمة عليه برضاع وغيره وأولدها ، لا تصير أم ولد إن أوجبنا الحد . وقيل : يثبت النسب والاستيلاد هنا وفي جارية الابن وإن أوجبنا الحد فيهما ، والصحيح الأول[٢] .

ولو أولد أحدُ الشريكين الجارية المشتركة ، ثبت النسب والاستيلاد ، وإن قلنا بالقديم : إنه يجب الحد ، لأنه وطء صادف ملكه حقيقة ، وإنما أوجبنا الحد صيانة لملك الشريك[٢] .

وأما إذا قلنا : لا حدّ على الأب ، فهو كما لو كان جاهلاً يلزمه المهر ، وتصير الجارية محرمة عليهما أبداً . فإن أولدها ، فإن كانت مستولدة الابن ، لم تصر مستولدة له ، لأن أم الولد لا تقبل النقل ، وإلا ففي مصيرها مستولدة للأب الأقوال الثلاثة السابقة في الحالة الأولى .

فرع : لو وطىء مكاتبة ابنه وأولدها ففي[٣] مصيرها مستولدة للأب وجهان . أحدهما : لا ، لأن المكاتبة لا تقبل النقل . والثاني : نعم ، لأنها تقبل الفسخ ، بخلاف الاستيلاد وهذا أصح عند البغوي ، وبالأول قطع القاضي أبو سعد الهروي . قال : وليس كما لو أولد مكاتبته ، فإنه ينفذ الاستيلاد ، لأنه لا نقل ، ولا يحتاج إلى فسخ الكتابة ، بل يجتمع الاستيلاد والكتابة ، ولا منافاة .

فرع : كانت جارية الابن منكوحة رجل ، فأولدها الأب ، ففي ثبوت الاستيلاد الأقوال الثلاثة ، ويستمر النكاح وإن أثبتنا الاستيلاد ، كما لو استولدها سيدها ، ولا يجوز للزوج وطؤها في مدة الحمل .

= يلزمه الحد قولاً واحداً بخلاف موطوءة الابن التي لم يستولدها على أحد الوجهين لأنه قد يملكها عليه بجهة النفقة والمهر عند وجوب الاعفاف بخلاف أم الولد . انتهى .

وهذا يؤيد ما اقتضاه كلام الشرح الصغير أن هذا وجه ضعيف وأن الصحيح أنه لا فرق بين المستولدة وغيرها ثم ذكر ما تقدم من كلام الأذرعي .

(١) فيه اختلاف ترجيح هنا وفي أمهات الأولاد .

(٢) ذكر الشيخ في باب حد الزنا عدم الثبوت إذا قلنا بوجوب الحد .

(٣) سقط في الأصل والمثبت من « ط » .

فصل : لو وطىء الابن جارية الأب ، فهو كوطء الأجنبي . فإن كان بشبهة ، نظر ، إن ظنها امته أو زوجته الحرة ، فالولد حر وعليه قيمته للأب . وإن ظنها زوجته الرقيقة ، انعقد الولد رقيقاً ثم عتق على الجدّ ، ولا يجب على الابن قيمته . وإن وطئها عالماً بالتحريم ، فهو زنا يتعلق به الحد ، لأن الابن لا يستحق الاعفاف على الأب ، فلا شبهة له ، بخلاف العكس ، ويلزم الابن المهر إن كانت مكرهة ، وإلا ، فلا على الأصح . ولو أتت بولد ، فهو رقيق للأب ، ولا يعتق عليه ، إذ لا نسب .

الطرف الثاني : في نكاحه جارية الابن ، للشافعي رضي الله عنه في جوازه نصان . قيل : هما قولان بناءً على وجوب الاعفاف ، إن لم نوجبه ، جاز ، وإلا ، فلا . وقطع الجمهور بأنه لا يجوز قطعاً . قالوا : ونقل الجواز غلط ، إنما قال الشافعي : يجوز أن يتزوج جارية أبيه ، فصحف المزني ، ومنهم من تأوله ، على ما إذا كان الابن معسراً لا يجد مؤونة الاعفاف وكانت له جارية يحتاج إلى خدمتها ، فيجوز أن يتزوجها الأب ، أو كان الأب مع إعساره صحيح البدن ، فإنا لا نوجب نفقته وإعفافه على قول ، فيجوز أن يتزوجها . والصحيح في هاتين الصورتين ، أنه يبني جواز نكاحه جارية الابن ، على أنه لو أولد جارية ابنه ، هل تصير مستولدة له ؟ إن قلنا : لا ، جاز ، وإلا ، فلا . وكذا الحكم إذا قلنا : لا يجب[1] الاعفاف ، هذا كله إذا كان الأب حراً . فلو كان رقيقاً ، فله نكاح جارية ابنه ، لأنه لا تجب نفقته ، ولا إعفافه . وإذا استولد الرقيق جارية ابنه ، لم تصر أم ولد له كما سبق .

ولو نكح الأب جارية أجنبي ، فملكها الابن ، وكان الأب بحيث لا يجوز له نكاح الامة ، لم ينفسخ نكاحه على الأصح . ويجري الوجهان فيما لو نكح جارية ابنه ثم عتق ، هل ينفسخ ؟ إن قلنا : لا ينفسخ ، أو جوزنا نكاح جارية ابنه ابتداءً فأولدها ، فقال الشيخ أبو حامد والعراقيون ، والشيخ أبو علي والبغوي وغيرهم : لا تصير أم ولد له ، لأنه رضي برق ولده حين نكحها ، ولأن النكاح حاصل محقق ، فيكون واطئاً بالنكاح لا بشبهة الملك ، بخلاف ما إذا لم يكن نكاح .

وقال الشيخ أبو محمد ، ومال إليه الامام : يثبت الاستيلاد وينفسخ النكاح .

---

(١) في هامش « ط » : في الأصل لا يجوز .

فرع : لا يجوز للسيد نكاح جارية مكاتبه لشبهته فيها . ولو أولد امة مكاتبه ، صارت أم ولد للسيد . ولو نكح أمة فملكها مكاتبه ، انفسخ نكاحه على الأصح ، لأن تعلق السيد بملك المكاتب أشد من تعلق الأب .

قلت : ويجوز نكاح جارية ابنه [من الرضاع ، ونكاح جارية أبيه][1] وأمه قطعاً ، لعدم وجوب الاعفاف . والله أعلم .

الطرف الثالث : في إعفاف الأب . المشهور أنه يلزم الولد إعفافُ الأب . وخرج ابن خيران قولاً أنه لا يجب ، كما لا يجب إعفاف الابن ، ولا الاعفاف في بيت المال ، ولا على المسلمين . والتفريع على المشهور . فسبيل الاعفاف سبيل النفقة ، فيجب للمعسر الزَّمن ، وفي المعسر الصحيح قولان كالنفقة . وقيل : حيث تجب النفقة ، فالاعفاف أولى ، وإلا فقولان ، لأن النفقة إذا لم تجب على الولد ، وجبت في بيت المال . وقيل : حيث لا نفقة ، فلا إعفاف ، وإلا ، فقولان لأن النفقة أهم ، ولهذا يجوز للمضطر أكل طعام غيره ، بخلاف الجماع .

فرع : حيث وجب الاعفاف ، يستوي في لزومه الابن والبنت ، ويثبت للأب والأجداد من جهتي الأب والأم وإن علوا ، ويثبت للكافر على الأصح . ولو اجتمع أصلان محتاجان ، فإن وفى مال الولد بإعفافهما ، وجب . فإن لم يف إلّا بأحدهما ، نظر ، إن اختلفا في الدرجة ، قدم الأقرب إن استويا في العصوبة أو عدمها . فإن كان للأبعد عصوبة دون الأقرب ، كأبي أبي أب ، مع أبي أُم ، فالأول أولى على الأصح . وقيل : هما سواء . وإن لم يكن لواحد عصوبة ، كأبي أُم الأب ، وأبي أبي الأم ، فسواء . وحيث استويا ، يقرع بينهما على الصحيح . وقيل : يقدم القاضي باجتهاده .

قلت : قال الامام : إن رأينا القرعة ، لم يرفع الأمر إلى القاضي ، وإن قلنا يجتهد القاضي ، فأدى اجتهاده إلى شيء ، فعل . فإن استويا في نظره ، تعينت القرعة . والله أعلم .

ولو اجتمع عدد ممن يجب عليهم الاعفاف ، كالأولاد والأحفاد ، فليكن حكمه

---

(١) سقط في الأصل والمثبت من « ط » .

كما سيأتي في النفقات إن شاء الله تعالى .

فرع : لا يجب إعفاف قادر على إعفاف نفسه بماله، وكذا الكسوب الذي يستغني بكسبه عن غيره ، كذا قاله الشيخ أبو علي ، وينبغي أن يجيء فيه الخلاف المذكور في النفقة . ولو وجد قدر النفقة ، ولم يجد مؤونة الاعفاف ، فهل يجب الاعفاف لحاجته إليه ، أم لا لعدم وجوب النفقة ؟ وجهان . أصحهما : الأول .

ولو سقط وجوب النفقة أياماً لعارض ، قال الامام : لا ينبغي أن يكون هنا خلاف في وجوب الاعفاف . ولو قدر على سرِّيَّة ولم يقدر على مهر حرّة ، فالمتجه أن لا يجب إعفافه ، لأنه لا يتعين أن يكون[1] في إعفافه تزويجه حرة كما سيأتي إن شاء الله تعالى .

فرع : شرط الاعفاف ، الحاجة إلى النكاح ، فإذا ظهرت الحاجة إلى قضاء الشهوة والرغبة في النكاح ، صدق بغير يمين ، لأن تحليفه في هذا المقام لا يليق بحرمته ، لكن لا يحل له طلب الاعفاف إلا إذا صدقت شهوته ، بحيث يخاف العنت أو يضرُّ به التعزُّب ، أو يشق عليه الصبر .

فصل : المراد بالاعفاف ، أن يهيىء له مستمتَعاً ، بأن يعطيه مهر حرة ينكحها ، أو يقول : تزوَّج وأنا أعطي المهر أو يباشر النكاح بإذن الأب ويعطي المهر ، أو يملكه جارية تحل للأب ، أو ثمن جارية . وسواء كانت الحرة المنكوحة مسلمة أو كتابية ، وأومأ الروياني إلى وجه أن الكتابية لا تكفي وهو شاذ ، وليس للأب أن يعين النكاح ، ولا يرضى بالتسري ، ولا إذا اتفقا على النكاح أن يعين رفيعة المهر لجمال أو شرف .

ولو اتفقا على مهر مقدَّر ، فتعيين المرأة إلى الأب ، ولا يجوز أن يملكه أو يزوجه شوهاء ، أو عجوزاً ، ثم على الولد أن ينفق على زوجة الأب أو أمته ويقوم بمؤوناتها . ولو أيسر الأب بعدما ملّكه الولد جارية أو ثمنها ، لم يكن له الرجوع ، كما لو أعطاه نفقة فلم يأكلها حتى أيسر . ولو كان تحته صغيرة أو عجوز ، أو رتقاء ولم تندفع حاجته ، فالقياس وجوب الاعفاف ، وأنه لا يجتمع عليه نفقتان . ولو ماتت

---

(١) سقط في « ط » .

الأمة التي ملكه إياها ، أو الحرة التي تزوجها ، أو فسخت النكاح بعيبه ، أو فسخ بعيبها ، أو انفسخ بردة أو رضاع ، بأن أرضعت التي نكحها صغيرة كانت زوجة له ، وجب على الولد تجديد الاعفاف كما لو دفع إليه نفقة فسرقت منه . وقيل : لا يجب ، والصحيح الأول .

قلت : قال الامام : ولو فرض الاعفاف مراراً ، أو بموت الزوجات ، تجدد الأمر بوجوب الاعفاف ما دامت الحاجة ، ولا ينتهي ذلك ، وإن كثر تكرار الاعفاف . والله أعلم .

فلو طلقها أو خالعها ، أو أعتق الأمة ، فإن كان لعذر من شقاق أو نشوز أو غيرهما ، وجب التجديد على الأصح ، وإلا فلا . وفي التتمة وجه ، أنه إذا طلّقَ[1]، لزمه أن يزوجه مرة أخرى ، أو يسريه . فإن طلق ثانياً ، لم يزوجه بعد ذلك بل يسريه ، ويسأل الحاكم الحجر عليه لئلا ينفذ إعتاقه . وإذا وجب التجديد ، فإن كانت بائنة ، لزم التجديد في الحال ، وإن كانت رجعية ، لم تجب إلا بعد انقضاء العدة .

فرع : إذا قلنا : لا يجب الاعفاف ، فللأب المحتاج أن ينكح أمة . وإن أوجبناه ، فوجهان . أحدهما : يجوز لأنه غير مستطيع حرة وخائف العنت . وأصحهما : المنع ، لأنه مستغن بمال ولده . فإن قلنا بالأول ، حصل الاعفاف بأن يزوجه أمة .

الباب الحادي عشر في أحكام نكاح الأمة والعبد

فيه طرفان .

الأول[2] : في نكاح الأمة وفيه مسائل .

إحداها : إذا زوج أمته ، لم يلزمه تسليمها إلى الزوج ليلاً ونهاراً ، لكن يستخدمها نهاراً ويسلمها إلى الزوج ليلاً .

---

(١) في هامش الأصل أطلق .

(٢) في « ط » الطرف الأول .

ولو أراد السيد أن يسلمها نهاراً بدلاً عن الليل ، لم يكن له[1] .

ولو قال السيد : لا أخرجها من داري ، ولكن أخلي لك بيتاً لتدخله وتخلو بها ، فقولان . أظهرهما : ليس له ذلك ، فإن الحياء والمروءة تمنعانه دخول دار غيره . وعلى هذا ، فلا نفقة على الزوج كما لو قالت الحرة : ادخل بيتي ولا أخرج إلىّ بيتك . والثاني ، للسيد ذلك لتدوم يده على ملكه مع تمكن الزوج من حقه . فعلى هذا يلزمه النفقة . فإن قلنا بالأول ، وكانت محترفة ، فقال الزوج : دعوها تحترف للسيد في يدي وبيتي ، فليس له ذلك على الأصح .

الثانية[2] : للسيد أن يسافر بها ، لأنه مالك رقبتها ، ولا يمنع الزوج من المسافرة معها ، ولا يكلف أن يسافر بها وينفق عليها . وإذا لم يسافر معها ، لم يكن عليه نفقتها .

وأما المهر ، فإن دخل بها ، فقد استقر وعليه تسليمه ، وإلا فلا . فإن كان سلمه ، فله أن يسترده .

قلت : وليس للزوج المسافرة بها منفرداً إلا بإذن السيد . والله أعلم .

الثالثة[3] : ولو سامح السيد فسلمها ليلاً ونهاراً ، فعلى الزوج تسليم المهر

---

(١) نص الشافعي في البويطي أن وقت تسليمها مضيّ ثلث الليل .
قال في المهمات : واعلم أنه يحرم على سيد الأمة المزوجة النظر إليها والخلوة بها . وهذا عجيب فإن الصحيح أن السيد له النظر إلى امته المزوجة ما عدا ما بين السرة والركبة ، واعترض عليه الأذرعي في التوسط ورد ما قاله . قال الشيخ جلال الدين البلقيني : لو كان الزوج ممن شغله بالليل كالأتوني والحارس فإن النهار هو محل سكونه والليل محل شغله ، فإن أراد السيد أن يسلمها لهذا نهاراً بدلاً عن الليل كان له ذلك وإن لم يرض السيد بتسليمها نهاراً أو قال أسلمها ليلاً على عادة الناس الغالبة فمن المجاب لم أر من تعرض لذلك لكن الظاهر أن المجاب الزوج كما لو أراد السيد أن يبدل عماد السكون الغالب وهو الليل بالنهار فإنه لا يمكن لذلك . انتهى .
قال الأذرعي في القوت : ما سبق في غير المكاتبة كتابة صحيحة أما هي فمستقبلة وقد يقال له منعها منه نهاراً إذا كان يفوت به تحصيل النجوم .
ثم رأيت من قال هل تسلم إليه ليلاً ونهاراً . قال الماوردي : نعم . وحكى القاضي الحسين فيه وجهين انتهى ما أردته منه .

(٢) في « ط » المسألة الثانية .

(٣) في « ط » المسألة الثالثة .

وتمام النفقة ، وإن لم يسلمها إلا ليلاً ، فهل تجب جميع النفقة أم نصفها ، أم لا يجب شيء ؟ فيه أوجه . أصحها عند جمهور العراقيين والبغوي : أنه لا يجب شيء ، ويجري الوجهان الأخيران فيما إذا سلمت الحرة نفسها ليلاً واشتغلت عن الزوج نهاراً .

قلت : الصحيح الجزم في الحرة بأنه لا يجب شيء في هذه الحال . والله أعلم .

وأما المهر ، فقال الشيخ أبو حامد : لا يجب تسليمه كالنفقة . قال القاضي أبو الطيب : يجب . قال ابن الصباغ : لأن التسليم الذي يتمكن معه من الوطء قد حصل ، وليس كالنفقة ، فإنها لا تجب بتسليم واحد .

الأصح الوجوب . والله أعلم .

الرابعة[1] : هلاك المنكوحة بعد الدخول ، لا يسقط شيئاً من المهر حرة كانت، أو أمة ، سواء هلكت بموت أو قتل . فأما إذا هلكت قبل الدخول . فإن قتل السيد أمته المزوَّجة ، فالنص في المختصر أن لا مهر . ونص في الأم في الحرة إذا قتلت نفسها لا يسقط شيء من المهر . وللأصحاب طريقان . أحدهما : تقرير النصين . وأشهرهما : طرد قولين فيهما ، ثم الحرة إذا ماتت أو قتلها الزوج ، أو أجنبي ، لم يسقط مهرها قطعاً ، وكذا لو قتلت نفسها على المذهب . وأما الأمة ، فإن قتلها سيدها ، أو قتلت نفسها ، سقط على المذهب[2] وهو نصه . وإن ماتت أو

---

(١) في « ط » المسألة الرابعة .

(٢) قال في المهمات : يرد على هذا أن التفصيل بين الحرة والامة هو تقرير النصين فكيف يستقيم مع تصحيحه أن يكون الصحيح طريقة التخريج ، ومتى صححت طريقة التخريج فالراجح منها إما السقوط أو عدمه من غير تفصيل .

قال في التوسط : هذا الانتقاد ضعيف لأن الرافعي والمصنف لم يصححا طريقة التخريج بل قالا إنها أشهرهما وكم من طريقة مشهورة الراجح خلافها على أنا قدمنا أن الأكثرين على تقرير النصين . انتهى .

وفي هذا الرد على المهمات نظر . وقال الشيخ البلقيني : قولهم تبعاً للنص إن قتلها سيدها سقط مهرها هل هذا مخصوص بالقتل العمد أو يعم العمد والخطأ حتى في وقوعها في بئر حفرها عدواناً لم أر من تعرض لذلك والظاهر من كلامهم أنه لا فرق . انتهى . قاله البكري .

قتلها الزوج أو أجنبي ، لم يسقط على الصحيح .

قال البغوي : إذا قلنا : قتل السيد أمته يسقط المهر ، فلو تزوج رجل أمة أبيه ثم وطئها الأب قبل أن يدخل بها الابن ، وجب أن يسقط المهر لأن قطع النكاح حصل من مستحق المهر قبل الدخول .

الخامسة[١] : لو باع الأمة المزوجة ، لم ينفسخ النكاح ويكون المهر للبائع إن سمي في العقد مهر صحيح أو فاسد ، سواء دخل بها قبل البيع أو بعده ، لأنه وجب بالعقد وكان العقد في ملكه . ولو طلقها الزوج بعد البيع قبل الدخول ، كان نصف المهر للبائع ، وإن كان زوَّجها مفوضة ثم جرى فرض أو دخول قبل البيع ، فالمفروض أو مهر المثل للبائع أيضاً . وإن جرى الفرض أو الدخول بعد البيع ، فهل المفروض أو مهر المثل للبائع أو للمشتري ؟ فيه طريقان . أصحهما : على وجهين بناءً ، على أن الوجوب بالفرض والدخول ، أم نتبين بهما الوجوب بالعقد ؟ وفيه قولان . أظهرهما الأول[٢] .

وإن قلنا بالأول ، فهو للمشتري ، أو بالثاني ، فللبائع . والطريق الثاني : أنه للبائع قطعاً ، لأن العقد هو السبب وجرى في ملكه .

ولو مات أحد الزوجين بعد البيع وقبل الفرض والدخول ، وأوجبنا المهر ، ففيمن يستحقه هذا الخلاف .

ولو طلقها بعد البيع وقبل الفرض والدخول ، فالمتعة للمشتري لأنها تجب بالطلاق وهو في ملكه .

ولو أعتق أمته المزوجة ، فالمهر على هذا التفصيل ، فحيث جعلناه للبائع ، فهو هنا للمعتق ، وحيث جعلناه للمشتري ، فهو للمعتقة ، وحيث قلنا : هو للبائع ، أو المعتق ، ولم يجر دخول ، فليس له حبسها لدفع الصداق ، لأنها خرجت عن ملكه وتصرفه ، وليس للمشتري ولا للعتيقة الحبس أيضاً لأنهما لا يملكان المهر .

---

(١) في « ط » المسألة الخامسة .

(٢) هذا الترجيح من عند الشيخ من غير تمييز .

وحيث قلنا : المهر للمشتري ، أو المعتقة فلهما الحبس لاستيفائه[١] .

ولو أعتقها وأوصى لها بصداقها ، فليس لها حبس نفسها لاستيفائه ، لأن استحقاقها بالوصية لا بالنكاح . ولو تزوج أمة ولده ، ثم مات وعتقت وصار الصداق للوراث ، فليس له حبسها ، إذ لا ملك له فيها .

فرع : هذا الذي ذكرناه كله في النكاح الصحيح ، أما إذا زوَّجها تزويجاً فاسداً ، ثم باعها ووطئها الزوج بعد البيع ، فمهر المثل للمشتري ، لأنه وجب بالوطء في ملكه ، وإن وطىء قبل البيع فللبائع .

السادسة : قد سبق أنه يجوز أن يزوج أمته بعبده ، ولا مهر ، لأن السيد لا يثبت له دين على عبده ، ولهذا لو أتلف ماله لم يقتض ضماناً[٢] في الحال ولا بعد العتق . قال الشيخ أبو علي : وهل نقول[٣] . وجب المهر لحرمة النكاح ثم سقط ، أم لم يجب أصلاً ؟ فيه وجهان[٤] .

ولو أعتقها أو أحدهما ، فلا مهر لا للسيد ولا للمعتقة وإن جرى الدخول بعد العتق ، وكذا لو باعها ودخل الزوج بها في ملك المشتري ، فلا مهر ، لأنه ملك بضعها[٤] أولاً بلا مهر ، وفيه احتمال للشيخ أبي علي قولنا : لا يجب بالعقد أصلاً .

---

(١) في هامش « ط » : في الأصل لاستيفائه .

(٢) في هامش « ط » : في الأصل ضمان .

(٣) في هامش « ط » : في الأصل نقل .

(٤) قال في المهمات : « الأصح عدم الوجوب » صححه في النهاية والحاوي وهو مقتضى كلام الحاوي الصغير . وقال في المهمات أيضاً : فائدة هذا الخلاف كما حكاه شيخنا جمال الدين الوجيزي عن شيخه الظهير التزمنتي فيما إذا زوجه بها وفوض بضعها فقال : زوجتك بلا مهر ثم أعتقه ثم وطئها وهو حر ، فإن قلنا بعدم الوجوب فلا شيء للسيد على العبد ، وإن قلنا : وجب وسقط فللسيد عليه مهر المثل لأنه لما وجب في التفويض بالدخول وهو حينئذ حر فلا سبيل إلى سقوط ما وجب لسيده عليه . قال في الخادم بعد نقله عن المهمات ما سبق الذي حكاه بعض المتأخرين عن الظهير التزمنتي خلاف ما سبق وهو فيما إذا أعتق العبد أو أعتقهما جميعاً فطلق قبل الدخول ، فإن قلنا لا يجب شيء وجب لئلا يخلو النكاح عن المهر كما قلنا في المفوضة ، وإن قلنا وجب ثم سقط فلا كما إذا استوفاه ، انتهى ما أردته منه . وهذا النقل الثاني هو الموافق لفائدة الخلاف عند التأمل وبحث في المطلب على عدم الوجوب مطلقاً .

(٥) في هامش « ط » في الأصل بعضها .

قال : ولا يجيء الاحتمال على قولنا : يجب ثم يسقط ، لأنه كالمقبوض .

فصل : إذا قال لامته : أعتقتك على أن تنكحيني ، أو على أن أنكحك ، لم تعتق إلا بالقبول على الاتصال . وسواء قال مع ذلك : وعتقك صداقك أو لم يقل .

ولو قالت ابتداءً : اعتقني على أن أنكحك ، فأجابها إليه ، فكذلك ، ثم لا يلزمها الوفاء ، لأن النكاح لا يصح التزامه في الذمة . وفي شرح مختصر الجويني وجه ، عن أبي إسحاق ، أنه يلزمها الوفاء ، وهو شاذ لا التفات إليه ، والصواب الأول ، ويلزمها قيمتها للسيد ، لأنه أعتقها على عوض لم يسلَّم ، فصار كاعتاقهاعلى خمر ، وسواء في لزوم القيمة وفت بالنكاح المشروط أو لم تف .

ولو رغبت في النكاح ، فللسيد أن يمتنع ولا تسقط القيمة بذلك .

ولو تراضيا على النكاح وأصدقها غير القيمة ، فلها ما أصدقها وله عليها القيمة ، وقد يقع التقاص . وإن أصدقها القيمة ، فإن علماها[1] عند العقد ، صح الاصداق ، وبرئت ذمتها . وإن جهلاها جميعاً أو أحدهما ، فوجهان . أصحهما : فساد الصداق كسائر المجهولات . فعلى هذا ، لها مهر المثل وعليها القيمة . والثاني وبه قال ابن خيران : يصح ، لأن القيمة لم تثبت مقصودة ، وكما لو أصدقها عبداً جهلا قيمته .

ولو أتلفت امرأة على رجل عبداً ، فتزوجها بقيمته المجهولة ، فسد الصداق قطعاً ، ورجعت إلى مهر المثل . قال الامام : ولو طُرِّد الوجهان هنا لكان قياساً ، ولو نكحها المعتق على أن يكون عتقها صداقها ، فسد الصداق لأن العتق قد تقرر فلا يكون صداقاً لنكاح متأخر . وفي الرقم للعبادي وجه ، أنه يصح ، وكأنه بالشرط جعل رقبتها صداقاً ، والصحيح الأول . والمستولدة ، والمدبرة ، والمكاتبة ، والمعتق بعضها ، حكمهن في الاعتاق على أن ينكحنه حكم القنة . وحكى ابن القطان وجهاً ، أنه لا قيمة على المستولدة لأنها لا تباع . ولو قال لغيره : أعتق عبدك عني على أن أنكحك بنتي ، فأجاب ، أو قالت امرأة : أعتقه على أن أنكحك ، ففعل ، عتق العبد ، ولم يلزم الوفاء بالنكاح . وفي وجوب قيمة العبد ، وجهان بناءً على

---

(١) في هامش « ط » في الأصل أكملها .

القولين [فيما إذا][1] قال : أعتق عبدك عنك على ألف علي ، هل يلزمه الألف أم لا ؟ أصحهما عند الشيخ أبي حامد والبغوي وغيرهما : أنه لا يلزمه ، إذ لا يعود إليه نفع بعتقه[2] .

ولو قال لأمته : أعتقتك على أن تنكحي[3] زيداً ، فقبلت ، ففي وجوب القيمة وجهان حكاهما الحناطي[4] .

فرع : قالت لعبدها : أعتقك على أن تنكحني ، ففي افتقار عتقه إلى قبوله وجهان . أحدهما : نعم . فإذا قبل ، عتق ولزمه قيمته ، ولا يلزمه الوفاء . وأصحهما : لا ، بل يعتق بلا قبول ولا شيء عليه .

فرع : إذا لم يأمن السيد وفاءها بالنكاح ولم يرد العتق إن لم تنكحه ، فهل لذلك طريق يثق به ؟ وجهان .

أحدهما : نعم . قال ابن خيران : وطريقه أن يقول : إن كان في علم الله تعالى أن أنكحك أو تنكحيني بعد عتقك ، فأنت حرة . فإن رغبتْ وجرى النكاح بينهما ، عتقت وحصل غرض السيد ، وإلا استمر الرقّ . ونسب الامام هذا الوجه إلى صاحب التقريب ، وعبارته في هذا التعليق : إن يسر الله تعالى بيننا نكاحاً فأنت حرة قبله بيوم ، فإذا مضى يوم ونكحته ، انعقد النكاح وتبين حصول العتق قبله بيوم ، وذكر اليوم جرى تمثيلاً ، ويكفي أن يقول : فأنت حرة قبل .

---

(١) في « ط » فيما لو .

(٢) قال الشيخ البلقيني : قوله عني وهم فالصورة المعروفة في كتب الأصحاب لإثبات الخلاف ليس فيها لفظة عني وهذه الصورة لا خلاف فيها في وجوب القيمة على المستدعي كما لو استدعى عتقه عنه على عوض فاسد ويكون العتق هناك واقعاً على المستدعي ويلزم العزم قطعاً ، وهذا الذي ذكرته لا بد منه وكلام الماوردي في الحاوي يدل عليه وكذلك كلام غيره . انتهى . وقال في الخادم : هكذا وقع في أكثر النسخ لو قال اعتق عبدك عني والصواب عنك لأنه قال بعد ذلك والأصح عند الشيخ أبي حامد وصاحب المهذب وغيرهما أنه لا يلزمه لأنه لا يعود إليه منفعة بعتقه ثم ساق كلام الماوردي وذكر لفظه الدال على ذلك . قاله البكري .

(٣) في هامش « ط » : في الأصل تنكحني .

(٤) قال في المهمات : لو قال الوجهان كما عبر به الرافعي لاستفيد منه التصحيح فيها كالمسألة قبلها . قال في التوسط : الذي رأيته في نسخ الرافعي وجهان بلا تعريف . انتهى . ورأيت في نسخة من الرافعي كما في الروضة فلعل الشيخ الإسنوي وقع له نسخة فيها الوجهان .

والوجه الثاني وبه قال أكثر الأصحاب : لا يصح النكاح في هذه الصورة ، ولا يحصل العتق لأنه حال العتق شاكّ ، هل هي حرة أو أمة[١] ، كما إذا قال لأمته : إن دخلت الدار فأنت حرة قبله بشهر ، وأراد أن ينكحها في الحال ، لا يصح .

الطرف الثاني : في نكاح العبد وفيه مسائل .

إحداها : المهر والنفقة لازمان في نكاح العبد لزومهما[٢] في نكاح الحر .

وبم يتعلقان ؟ نظر هل العبد محجور عليه أم مأذون له في التجارة ؟ فهما حالان .

الأول : المحجور عليه ، فينظر ، أمكتسب هو أم لا ؟ إن كان مكتسباً تعلقا بكسبه ، ويتعلقان بالكسب العام كالاصطياد والاحتطاب وما يحصله[٣] بصنعة وحرفة ، وبالأكساب النادرة كالحاصلة بالوصية والهبة . وفي وجه : لا يتعلقان بالنادر . والصحيح الأول ، وإنما يتعلقان بما كسب بعد النكاح . فإن كان المهر مؤجلاً ، لم يتعلقا إلا بما كسبه بعد حلول الأجل .

وهل للعبد أن يؤجر نفسه للمهر والنفقة ؟ وجهان بناءً على بيع المستأجِر . إن جوزناه ، جاز ، وإلا ، فلا لئلا يمنع البيع على السيد . قال المتولي : والوجهان في إجارة العين . فأما إذا التزم عملاً في الذمة ، فالمذهب جوازه ، لأنه دين في ذمته لا يمنع البيع .

وطريق الصرف إلى المهر والنفقة ، أن ينظر في الحاصل كل يوم فيؤدي منه النفقة إن وفى بها ، فإن فضل شيء صرف إلى المهر ، وهكذا كل يوم حتى يتم المهر ، فإذا تم ، صرف الفاضل عن النفقة إلى السيد ، ولا يدخر للنفقة .

وإن لم يكن مكتسباً ، فهو في ذمة العبد ، أم في رقبته ، أم على السيد ؟ فيه ثلاثة أقوال . أظهرها الأول . وطرد القاضي أبو حامد القول الثاني في المكتسب .

---

(١) في هامش « ط » : في الأصل أو أمته .

(٢) في هامش « ط » : في الأصل لزومها .

(٣) في هامش « ط » : في الأصل وإما يحصل .

الحال الثاني : أن يكون مأذوناً له في التجارة ، فالمهر والنفقة يتعلقان بربح ما في يده ، لأنه كسبه ، ويتعلقان برأس المال على الأصح .

وفي الربح الذي يتعلقان به وجهان . أحدهما : الحاصل بعد النكاح فقط . كما في كسب غير المأذون له . وأصحهما : يتعلق به وبالحاصل قبل النكاح أيضاً ، هذا كله في المهر الذي تناوله الاذن . أما لو قدّر السيد مهراً ، فزاد العبد ، فالزيادة لاتتعلق إلا بالذمة .

المسألة الثانية : يجب على السيد تخلية العبد بالليل للاستمتاع ، وله أن يستخدمه نهاراً إذا تكفل بالمهر والنفقة ، وإلا فعليه أن يخليه ليكتسب . فإن استخدمه ولم يلتزم[١] شيئاً ، لزمه الغرم لما استخدمه .

وفيما يغرمه وجهان . أصحهما : أقل الأمرين من أجرة المثل وكمال المهر والنفقة . والثاني : كمال المهر والنفقة . وعلى الوجهين في المراد بالنفقة وجهان . الصحيح : نفقة مدة الاستخدام . والثاني : نفقة مدة النكاح ما امتدت ، لأنه ربما كان يكسب ما يفي بجميع ذلك . ولو استخدمه أجنبي ، لم يلزمه إلا أجرة المثل ، لأنه لم يوجد منه إلا الإتلاف، ولم يسبق منه ما سبق من السيد ، وهو الإذن المقتضي لالتزام مؤن النكاح .

الثالثة[٢] : للسيد أن يسافر بالعبد وإن تضمن منعه من الاستمتاع[٣]. لأنه مالك الرقبة ، كما يسافر بالأمة المزوجّة ، ثم للعبد أن يسافر بزوجته معه .

قال البغوي : ويكون الكراء في كسبه . فإن لم تخرج الزوجة معه ، أو كانت رقيقة فمنعها سيدها ، سقطت نفقتها . وإن لم يطالبها الزوج بالخروج ، فالنفقة بحالها ، والسيد يتكفل بها ، فإن لم يفعل ، ففيما يغرمه في مدة السفر الخلاف السابق . هذا هو المنقول في الطرق ، ونص عليه في المختصر . ونقل الإمام عن العراقيين . أنه ليس للسيد استخدامه ، ولا أن يسافر به ما بقيت عليه مؤونة من مؤن

---

(١) في هامش « ط » في الأصل يلزم .
(٢) في « ط » المسألة الثالثة .
(٣) في هامش « ط » في الأصل الاستماع .

النكاح ، وجعل المسألة ذات خلاف للأصحاب ، ولا يكاد يتحقق فيها خلاف .

فرع : أكثر ما ذكرناه في هذه المسائل متفرع على القول الجديد ، وهو أنه إذا أجرى النكاح بإذن السيد ، لا يصير ضامناً بالإذن للمهر والنفقة ، لأنه لم يلتزمه[١] تصريحاً ولا تعريضاً . وقال في القديم : يصير ضامناً بالإذن ملتزماً المهر والنفقة . واتفق الأصحاب على أن الجديد هو الأظهر . فعلى الجديد : لو أذن بشرط الضمان لم يصر ضامناً أيضاً ، لأنه لا وجوب عند الإذن . وإذا قلنا بالقديم ، فهل يجب على السيد ابتداءً ، أم يلاقي العبد ثم يحمل عنه السيد ؟ وجهان حكاهما أبو الفرج الزاز . فعلى الأول : لا تتوجه المطالبة إلا على السيد .

ولو أبرأت العبد ، فهو لغو . وعلى الثاني : تتوجه المطالبة عليهما ، ويصح إبراء العبد ، ويبرأ به السيد . وصحح أبو الفرج الوجه الثاني ، وقطع البغوي بالأول ، وكلام الإمام يقرب منه .

فرع : في فتاوى القاضي حسين ، أنه لو زوَّج أمته عبده ، فنفقة الأمة على السيد كنفقة العبد . فلو أعتقها السيد وأولادَها ، سقطت نفقتهم عنه ، وتعلقت نفقتها بكسب العبد ، وعليها نفقة الأولاد إن كانت موسرة ، وإلا ففي بيت المال .

ولو أعتق العبد دونها ، سقطت نفقتها عنه ، وكانت نفقة الأمة على العتيق كحر تزوج أمة غيره .

المسألة الرابعة : هذا الذي سبق حكم المهر في النكاح الصحيح .

وأما المهر في النكاح الفاسد ، فله صورتان .

إحداهما : إذا فسد نكاح العبد لجريانه بغير إذن سيده ، فرق بينه وبين المرأة ، فإن دخل بها قبل التفريق ، فلا حدَّ للشبهة ، ويجب مهر المثل . وهل يتعلق بذمته لكونه وجب برضى مستحقِّه ، أم برقبته لأنه إتلاف ؟ فيه قولان . أظهرهما : الأول ، ومنهم من قطع به . وإن جرى النكاح بغير إذن مستحق المهر ، بأن نكح أمة بغير إذن سيدها ووطئها ، فطريقان . أحدهما : القطع بتعلقه بالرقبة ، وبه قال ابن الحداد ، كما لو أكره أمة أو حرة على الزنا . والثاني : طرد القولين ، لأن المهر وإن

(١) في هامش « ط » في الأصل يلزم .

كان لغيرها فيمكنها إسقاطه في الجملة بإرضاع أو رِدَّة .

الثانية : أذن سيده في النكاح ، فنكح نكاحاً فاسداً ودخل بها قبل التفريق فهل يتعلق المهر بذمته ، أم برقبته ، أم بكسبه ؟ أقوال . أظهرها الأول .

ولو نكح بالإذن صحيحاً ، لكن فسد المهر ، قال الصيدلاني : تعلق مهر المثل بالكسب قطعاً . ولو صرح بالإذن في نكاح فاسد ووجب مهر المثل ، فقياس هذه الصور تعلقه بالكسب .

فرع : في فتاوى القاضي حسين أنه لو اختلف السيد والعبد في الإذن في النكاح ، فقال السيد : ما أذنتُ ، فالوجه أن تدَّعي المرأة على السيد أن كسب هذا العبد مستحق لي لمهري ونفقتي ليسمع القاضي البينة[1] .

فصل : سبق في باب موانع النكاح أنه متى ملك أحد الزوجين جزءاً من الآخر ، انفسخ النكاح .

فلو كان لرجل عبدٌ في نكاحه أمة ، فأعطاه مالاً وقال : اشترها لي ، ففعل ، صح واستمر النكاح ، كما يجوز أن يزوج عبده بأمته . ولو ملَّكه المال فقال : اشترها لنفسك ، ففعل ، فإن قلنا : يملك العبدُ بتمليك السيد ، انفسخ النكاح ، وإلا ، فالملك للسيد ، والنكاح مستمر .

ولو اشترى مَنْ بعضُه حر زوجته ، نظر ، إن اشتراها بالكسب المشترك بينهما وبإذن سيده ، ملك جزءاً منها وانفسخ النكاح . وإن لم يأذن السيد ، لم يصح في نصيبه ، وفي نصيب العبد قولاً تفريق الصفقة . إن صح فيه ، انفسخ النكاح . وإن اشتراها بخالص ماله ، انفسخ النكاح وإن اشتراها بخالص مال سيده من كسبه بإذنه ، لم ينفسخ ، وهكذا الحكم لو اشترت مَن بعضها حر زوجها .

---

(١) قال في المهمات : يفهم من هذا التصوير أنه لا يسمع دعوى الزوجة بدون مال والصحيح كما سيأتي في الدعاوى خلافه .

قال في التوسط : هذا كلام عجيب . نعم قول القاضي ليسمع القاضي البينة قد يفهم أنه لا يسمع دعواها على السيد للتحليف وهو أحد وجهين في أن الدعوى التي ليست بعين الحق ولكنها تنفع فيه هل يحلف لها . وفيه اضطراب والأصح التحليف وستعرفه إن شاء الله تعالى في الدعاوى والبينات .

فـرع : متى ملكت زوجها بشـراء أو هبة وغيـرهما ، نـظر ، إن كان قبـل الدخول ، فهل يسقط كل المهر ، أم نصفه ؟ وجهان . وقيل : قولان . أصحهما : كله ، ومنهم من قـطع به . وإن كـان بعد الـدخـول ، لم يسقط شيء من المهـر بالانفساخ . فإن كانت قبضته ، لم ترد شيئاً منه ، وإلا فقد ملكت عبداً لها في ذمته دين ، وفيه وجهان سبقا في كتاب الرهن وغيره .

أحدهما : يسقط كما لا يثبت له على عبده دين ابتداءً . وأصحهما : يبقى ، لأن الدوام أقوى من الابتداء . فإن قلنا : يسقط ، برئت ذمة العبد من المهر ، وللبائع الثمن عليها ، وإن قلنا : يبقى ، فلها مطالبة العبد إذا عتق ، وللبائع الثمن عليها في الحال . فإن كان السيد البائع [وضمن][1] المهر ، فلها عليه المهر بالضمان ، وله عليها الثمن ، وقد يقع التقاص . أما إذا ملك زوجته بالشراء ، فينظر ، إن ملكها بعد المسيس ، فعليه المهر للبائع مع الثمن . وإن ملكها قبله ، فالمذهب وهو نصه : أنه يجب نصف المهر . وقيل : لا يجب شيء .

ولو نكح جارية مورِّثه كأبيه ، ثم ملك بالإرث كلها أو بعضها ، فإن كان بعد الدخول ، لم يسقط المهر بالانفساخ لاستقراره وهو تركه للميت . فإن احتيـج إليه لقضاء دين وتنفيذ وصية ، فعل ؛ وإلا سقط إن كان الناكح حائزاً ، وإلا فلغيره من الورثة استيفاء نصيبه . وإن كان قبل الدخول ، فوجهان . أحدهما قاله ابن الحداد : يسقط جميع المهر : فيستردّه ، من التركة إن كان قبض . وأصحهما : لا يسقط إلا النصف . فعلى هذا : إن كان حائزاً ، سقط النصف الآخر لأنه مستحقه ، وإلا سقط نصيبه وللآخر نصيبه .

ولو زوج رجل بنته بعبد بإذنها ، ثم مات فورثت بعض زوجها ، فإن كان بعد الدخول ، فقسط ما ورثته من النمهر دين لها على مملوكها ، ولها المطالبة بالباقي من كسب ما ترث منه[2] . وإن كان قبل الدخول ، فعلى قول ابن الحداد : يسقط جميع المهر . وعلى الأصح : لا يسقط إلا النصف ، وحكم النصف الباقي حكم الجميع بعد الدخول ، وجميع ما ذكرناه إذا اشترت زوجها بغير الصداق . فلو اشترته بعين

---

(١) في هامش « ط » في الأصل ضمن بغير واو .

(٢) قال في الخادم : كأنه معكوس والصواب من كسب ما لم ترث منه فتأمله انتهى . وهو ظاهر جلي .

الصداق ، فيقدم عليه مقدمتين . إحداهما : إذا نكح العبد نكاحاً صحيحاً وقلنا : لا يصير السيد ضامناً للمهر بالعقد . فلو ضمن عنه ، جاز ، لأنه ضمان دين لازم . ثم إن كان العبد كسوباً ، فللزوجة مطالبة العبد والسيد جميعاً ، وإلا ، فلا يطالب السيد ، وكذا الحكم لو طلقها بعد الدخول والمهر غير مقبوض . وإن طلقها قبل الدخول ، سقط نصف المهر عنها ، ومطالبتها بالنصف الآخر على التفصيل المذكور . فإن كانت قبضت المهر ، ردت نصفه على السيد إن بقي الزوج على الرق عند الطلاق . فإن كان أعتقه ، فعلى الزوج .

الثانية : صورة البيع بعين الصداق ، أن يلتزم السيد الصداق ، إما بأصل العقد على القديم ، وإما بالضمان اللاحق على الجديد ، ويصرح المتبايعان بالإضافة إليه ، بأن يقول سيد العبد لزوجته الحرة : بعتك زوجك بصداقك الذي يلزمني وهو كذا ، فتشتري . أما إذا صرحا بالمغايرة أو طلقا ، فهو بيع بغير الصداق .

مثاله : كان الصداق ألفاً ، فقال : بعتك بألف غير الصداق ، أو بألفين ، أو أطلق فقال : بعتك بألف .

ولو اختلف جنس الصداق ، فلا شك في المغايرة . ولو دفع عيناً إلى عبده ليجعلها صداق من ينكحها ، ففعل ، ثم باعها العبد بتلك العين ، فهو بيع بالعين .

إذا عرفت المقدمتين ، فالبيع بعين الصداق ، إما أن يجري قبل الدخول ، وإما بعده .

الحالة الأولى : أن يجري قبله . فإن قلنا بالأصح : إنه يسقط كل المهر ، لم يصح البيع ، بل يستمر النكاح ، لأنه لو صح البيع لملكت زوجها وانفسخ النكاح وسقط المهر ، وعري البيع عن العوض وبطل ، فتصحيحه يؤدي إلى بطلانه ، هذا ما نص عليه الشافعي ، والأصحاب رحمهم الله تعالى . وقال الشيخ أبو علي : يجب عندي أن يصح البيع ويبطل النكاح ، لأن البيع وارتفاع النكاح لا يقعان معاً ، بل يكون الفسخ بعد البيع وحصول الملك حتى لا يحكم بانفساخ النكاح ما داما في المجلس ، إن قلنا : إن الخيار يمنع حصول الملك للمشتري . وإذا كان الانفساخ عقيب البيع والملك ، كان في زوال ملكها عن الصداق مع حصول ملكها في الرقبة ، فلا يبطل الثمن بالانفساخ ، بل أثر الانفساخ الرجوع إلى بدل الصداق ، وهذا الذي

قاله أبو علي ، نقله المتولي وجهاً . وإن قلنا : إن تملكها الزوج قبل الدخول ، يقتضي تنصيف المهر ، بني على خلاف سنذكره في الحالة الثانية إن شاء الله تعالى ، وهي إذا جرى بعد الدخول . فإن لم نصحح البيع هناك ، فكذا هنا ، وإلا بطل البيع هنا في نصف العبد ، ويخرج في الباقي على تفريق الصفقة . فإن فرقنا ، انفسخ النكاح . هذا قول الجمهور ، وعلى قول الشيخ أبي علي : يصح البيع في جميعه لا محالة .

الحالة الثانية : أن يجري البيع بعين الصداق بعد الدخول ، فيبنى على الخلاف في أن من ملك عبداً له عليه دين ، هل يسقط ذلك الدين ؟ إن قلنا بالأصح : إنه لا يسقط ، صح البيع ، وتصير مستوفية للمهر المستقر بالدخول ، ولا شيء لواحد من المتبايعين على الآخر . وإن قلنا : يسقط وتبرأ ذمة العبد ، فهل يصح البيع أم لا ؟ وجهان . أصحهما : الصحة ، وبه قطع الشيخ أبو حامد ، ونقله القفال عن شيوخ الأصحاب ، إذ ليس هو كما قبل الدخول ، فإن سقوط المهر هناك بانفساخ النكاح ، بدليل أنه لو كان مقبوضاً ، وجب رده فلا يمكن جعله ثمناً ، وهنا السقوط بحدوث الملك . وإذا جعل ثمناً ، فكأنها استوفت الصداق قبل لزوم البيع ، فليس لها بعدما ملكت الزوج صداق في رقبته[1] حتى يسقط ، وجميع ما ذكرناه فيما إذا اشترت زوجها وهي حرة . فأما إذا كانت أمة فاشترته بإذن سيدها ، أو كانت مأذوناً لها في التجارة فاشترته للتجارة ، فيصح البيع ويستمر النكاح ، سواء كان قبل الدخول أو بعده ، وسواء اشترت بعين الصداق أم بغيره ، لأن الملك للسيد ، لكن إذا اشترته بعين الصداق ، برىء السيد والعبد ، لأن الكفيل إذا أدّى برىء الأصيل ، ولا رجوع للسيد على العبد كما لو ضمن عنه ديناً آخر أداه في رقه وإن اشترته بغير الصداق ، ففي سقوط الصداق على العبد لكون سيدها ملكه وله عليه دين الوجهان المتكرران ، فإن سقط ، برىء سيده البائع عن الضمان لبراءة الأصيل ، ويبقى الثمن بحكم الشراء ، وإلا ، فلسيد الأمة على بائع العبد الصداق ، وللبائع عليه الثمن ، وقد يقع التقاص ، فإذا تقاصا ، برئت ذمة العبد عن حق المشتري لأنه بالتقاص استوفى حقه من البائع .

---

(١) قال الشيخ البلقيني : قوله في رقبته وهم وهو كذا في شرح الرافعي وصوابه فليس لها بعدما ملكت الزوج صداق في ذمته .

فصل في مسائل من الدور الحكمي : عادة الأصحاب ذكر هذه المسائل هنا . والمسائل التي يقع فيها الدور نوعان .

أحدهما : ينشأ الدور فيه من محض حكم الشرع ، كما ذكرنا فيما إذا اشترت زوجها قبل الدخول بالصداق الذي ضمنه السيد ، فإنه لو صح البيع ثبت الملك . وإذا ثبت الملك ، انفسخ النكاح ، وإذا انفسخ ، سقط المهر المجعول ثمناً ، وإذا سقط ، فسد البيع ، فهذه الأحكام المرتبة ولدت الدور .

والثاني : ينشأ الدور فيه من لفظة يذكرها الشخص ، كما في مسألة دور الطلاق ، وعندها نذكر إن شاء الله تعالى أكثر مسائل الدور اللفظي . والذي نذكره هنا ، خمس مسائل من الدور الحكمي .

إحداها : أعتق أمته في مرض موته ونكحها على مهر سماه ، نظر ، إن لم يخرج من الثلث ، فحكمه ما ذكرناه في المسائل الدورية في «كتاب الوصايا» وإن خرجت ، نظر إن كانت قدر الثلث بلا مزيد ، بأن كانت قيمتها مائة وله مائتان سواها ، فالنكاح صحيح . ثم إن لم يجر دخول ، فلا مهر لها لأنه لو ثبت المهر لكان ديناً على الميت ، وحينئذ لا تخرج من الثلث ، ويرقه بعضها ، وحينئذ يبطل النكاح والمهر ، فإثباته يؤدي إلى إسقاط ، فيسقط . وإن جرى دخول ، فقد ذكرنا حكمه في كتاب الوصايا وسواء دخل أم لا ، فلا ترث بالزوجية ، لأن عتقها وصية ، والوصية والإرث لا يجتمعان[1] . فلو أثبتنا الإرث ، لزم إبطال الوصية وهي العتق ، وإذا بطل بطلت الزوجية وبطل الإرث . وإن كانت الأمة دون الثلث ، فقد تمكنها المطالبة بالمهر لخروجها من الثلث بعد الدين ، وهذا كله تفريع على أنه يجوز للمعتق في مرض الموت نكاحها ، وهو الصحيح . وحكى الحناطي والشيخ أبو علي وجهاً أنه لا يجوز وهو كما حكيناه من قبل عن ابن الحداد ، أن المعتقة في مرض الموت نكاحها لا يجوز لقرينها لاحتمال أن لا يخرج من الثلث عند الموت .

---

(١) ما ذكره الشيخ من أن الإرث والوصية لا يجتمعان ظاهر إذا قلنا ان الوصية لوارث باطلة ، فإن قلنا بالمذهب أنها موقوفة على الإجازة فلا يمتنع اجتماعهما كما ذكره الشيخ في نظير المسألة في باب الوصية وتقدم الكلام هناك بما يغني عن ذكره هنا .

المسألة الثانية : زوج أمته عبد غيره ، وقبض الصداق وأتلفه بانفاق وغيره ، ثم أعتقها في مرض موته ، أو أوصى بعتقها ، فأعتقت وهي ثلث ماله ، وكان ذلك قبل الدخول ، فليس لها خيار العتق ، لأنها لو فسخت النكاح لوجب رد المهر من تركة السيد ، وحينئذ لا يخرج كلها من الثلث . وإذا بقي الرق في البعض ، لم يثبت الخيار ، فإثبات الخيار يؤدي إلى إسقاطه ، وكذا الحكم لو لم يتلف الصداق وكانت الأمة ثلث ماله مع الصداق .

ولو خرجت من الثلث دون الصداق ، أو اتفق ذلك بعد الدخول ، فلها الخيار .

ولو كانت المسألة بحالها ، إلا أن الإعتاق وجد من وارثه بعد موت السيد ، نظر ، إن كان الوارث معسراً ، فلا خيار لها ، لأنها لو فسخت لزم رد المهر من تركة الميت . وإذا كان على الميت دين ، لم ننفذ إعتاق الوارث المعسر على الصحيح . وإذا لم ينفذ الإعتاق لم يثبت الخيار . وإن كان الوارث موسراً ، فقد ذكرنا في « كتاب الرهن » خلافاً في أن الوارث الموسر إذا أعتق عبد التركة وعلى الميت دين ، هل ينفذ العتق في الحال ، أم يتوقف نفوذه على وصول دين الغرماء ؟ فإن قلنا : ينفذ في الحال وهو الأصح ، عتقت ولها الخيار . فإن فسخت ، غرم الوارث لسيد العبد أقل من الأمرين من الصداق وقيمة الأمة ، كما لو مات وعليه دين وله عبد فأعتقه وارثه الموسر ، يلزمه أقل الأمرين من الدين وقيمة العبد .

ولو كان على الميت دين ، فالقيمة التي يغرمها الوارث يتضارب فيها سيد العبد والغرماء .

الثالثة[1] : مات عن أخ وعبدين ، والأخ هو الوارث في الظاهر ، فأعتق الأخ العبدين ، ثم ادعت امرأة أنها زوجة الميت ، وادعى ابنها أنه ابن الميت ، فشهد المعتقان لهما ، ثبتت الزوجية والنسب ، ولا يرث الابن ، إذ لو ورث لحجب الأخ وبطل إعتاقه وبطلت شهادتهما ، وحينئذ تبطل الزوجية والنسب . وفيه وجه : أنه لا يثبت أيضاً ، والصحيح الأول .

---

(١) في « ط » المسالة الثالثة .

ولو شهدا بنسب بنت ، نظر ، إن كان الأخ معسراً يوم الإعتاق ، لم ترث البنت ، إذ لو ورثت لرق نصيبها وبطلت الشهادة . وإن كان موسراً ، فإن عجلنا السراية بنفس الإعتاق ، ورثت لكمال العتق يوم الشهادة . وإن قلنا : لا تحصل السراية إلا بأداء القيمة ، لم ترث لأن توريثها يمنع كمال العتق يوم الشهادة .

وحكم الزوجة في الإرث حكم البنت ، فينظر إلى إعسار الأخ ويساره كما ذكرنا .

الرابعة[1] : أوصى لرجل بابنه ، ومات الموصى له بعد موت الموصي وقبل القبول ، ووارثه أخوه ، وقبل الوصية ، وقد سبق بيان هذه المسألة في آخر الباب الأول من « كتاب الوصايا » .

الخامسة[2] : اشترى في مرض الموت من يعتق عليه كابنه ، عتق من الثلث ، ولا يرث ، إذ لو ورث لكان العتق أو النسب إليه بالشراء وصية للوارث ، فيبطل . وإذا امتنع العتق ، امتنع الإرث . وحكى الأستاذ أبو منصور وجهاً أنه يرث ، ووجهاً أنه لا يصح الشراء ، والصحيح الأول . ولو ملك المريض من يعتق عليه بغير عوض ، كهبة وارث ، فهل يرث ؟ وجهان بناءً على أنه يعتق من الثلث أو من رأس المال ، وقد ذكرنا ذلك في « كتاب الوصايا » وبالتوريث قال ابن سريج ، واختاره الشيخ أبو حامد .

فرع : ذكر الأستاذ أبو إسحاق الاسفراييني رحمه الله في مختصر جمعه في المسائل الدورية ، أنه لو شهد اثنان بعتق عبد ، وحكم الحاكم بشهادتهما ، ثم جاء العبد مع آخر فشهدا بجرح الشاهدين ، لم يقبل . وأنه لو أعتق عبدين في مرض موته هما ثلث ماله ، فشهدا على الميت بوصية أو بإعتاق وعليه دين أو زكاة ، لم يقبل ولو شهدا أنه نكح امرأة على مهر ، كذا حكى عن بعض الأصحاب أنه لا تقبل شهادتهما ، قال : ويحتمل أن يقبل في النكاح ولا مهر ، وأنه لو أعتق عبدين له فشهدا أنه كان محجوراً عليه لسفه ، لم تقبل شهادتهما . وأنه لو ادعى أنه ابن فلان

---

(١) في « ط » المسألة الرابعة .

(٢) في « ط » المسألة الخامسة .

وقد مات ، ووارثه في الظاهر أخوه ، فأنكر ونكل ، فحلف المدعي ، ثبت النسب ولا يرث ، وهذا تفريع على أن اليمين المردودة مع النكول كالإقرار . أما إذا قلنا : إنها كالبينة ، فيرث . وإنه لو ورث عبدين يعتقان عليه ثم مات وورثاه ، أقر بدين على الميت الأول يستغرق تركته ، لم يثبت الدين بإقرارهما [ثم](١) .

وأنه لو أعتق أمة في مرض موته وهي ثلث ماله ، فادعت أنه وطئها بشبهة ، أو أنه استأجرها وعليه أجرتها ، لم تسمع دعواها .

وأنه لو ورث من زوجته عبدين وأعتقهما ، ثم شهدا بالفرقة قبل الموت بردّة أو طلاق ، لم تقبل شهادتهما .

وأنه لو كان في يد عبده مال ، فأخذه واشترى به عبدين وأعتقهما ، فشهدا عليه بأنه أعتقه قبل ذلك ، لم يقبل .

وأنه لو مات ووارثه في الظاهر أخوه ، فأعتق عبداً من التركة ، وولي العتيق القضاء ، فجاء مجهول وادعى أنه ابن الميت ، وأقام شاهدين ، لم يقبل هذا الحاكم شهادتهما ، ولم يحكم بقولهما ، هكذا ذكروه ، وكان يجوز أن يقال : يحكم بشهادتهما ويثبت النسب دون الإرث . كما لو أعتق الأخ في هذه الصورة عبدين وشهدا ببنوة المدعي ، وحينئذ فلا يؤثر نسبه في العتق والقضاء .

وأنه لو ورث عبداً من مورثه المقتول وأعتقه وولي العتيق القضاء ، فجاء إليه الوارث وادعى على قاتله القصاص، فقال قتلته وهو مرتد وأقام عليه شاهدين ، لم يحكم هذا الحاكم بشهادتهما . ومن هذا القبيل ، لو أعتق عبدين ، فجاء رجل وادعى أنه كان غصب العبدين وشهدا له ، لم تقبل شهادتهما . وفي « التهذيب » : أنه لو ملك رجل أخاه ثم أقر في مرض موته أنه أعتقه في صحته ، كان العتق نافذاً وهل يرثه ؟ إن صححنا الإقرار للوارث ، ورث ، وإلا ، فلا .

فرع : قال الغزالي في مجموعه غاية الغور في دراية الدور : المسائل الدائرة لا بد فيها من قطع الدور . وفي قطعه ثلاثة مسالك : تارة يقطع من أوله ، وتارة من

---

(١) سقط في « ط » .

وسطه ، وتارة من آخره ، وذلك بحسب قوة بعض الأحكام وبعده عن الدفع ، وضعف بعضها وقربه للدفع .

مثال القطع من أوله : بيع العبد لزوجته الحرة قبل الدخول بصداقها الثابت في ذمة السيد ، فإنا حكمنا بفساد البيع ، وقطعنا الدور من أصله ، لم نقل : يصح البيع ، ولا ينفسخ النكاح ، أو ينفسخ ولا يسقط الصداق ، وسببه أن البيع اختياري ، وحصول الانفساخ بالملك قهري ، وكذا سقوط الصداق بالانفساخ ، وما يختاره الإنسان من التصرفات ، يصح تارة ويفسد أخرى ، وما يثبت قهراً يبعد دفعه بعد حصول سببه ، فكان البيع أولى بالدفع من غيره .

ومثال القطع من الوسط : المسألة الثانية من المسائل السابقة ، فإنا لم نقطع الدور من أوله بأن نقول : لا يحصل العتق ولا من آخره ، بأن نقول : لا يزيد المهر حتى لا تضيق التركة ، ولكن قطعناه من وسطه فقلنا : لا يثبت الخيار ، وسببه أن سقوط المهر عند الفسخ قهري يبعد دفعه ، والخيار أولى بالدفع من العتق ، لأن العتق أقوى . ألا ترى أنه لا يسقط بعد ثبوته ، والخيار يسقط بعد ثبوته بالإسقاط وبالتقصير .

ومثال القطع من الآخر : المسألة الأولى من الخمس ، فإنا لم نقطع الدور من الأول بأن نقول : لا يحصل العتق ، ولا من الوسط بأن نقول : لا يصح النكاح ، لكن قطعناه من الآخر فقلنا : ليس لها المهر . ويمكن أن يقال : سببه أن العتق له قوة السرعة والسراية ، فلا يدفع ، والنكاح أقوى من المهر المسمى فيه ، فإن ثبوت النكاح يستغني عن المهر بدليل المفوضة ، والمسمى مهراً لا يثبت من غير ثبوت النكاح . وعدّ من هذا القسم الثالث ، أما إذا قال لزوجته : إن انفسخ النكاح بيني وبينك فأنت طالق قبله ثلاثاً ، ثم اشتراها ، أو جرى رضاع أو ردّة ، فلا يقطع الدور من أوله بأن نقول : لا ينفسخ النكاح ، لكن يقطع من آخره ، بأن نقول ينفسخ ولا يقع الطلاق ، وربما نعود إلى هذه المسألة في مسائل الطلاق والدور فيها لفظي .

فصل : لا يجوز للعبد التسري ، لأنه لا يملك ، فإن ملكه سيده جارية وقلنا بالجديد : إنه لا يملك ، لم يحل له وطؤها ولو أذن السيد ، فلو استولدها ، كان الولد ملكاً للسيد . وإن قلنا بالقديم : إنه يملك ، فقد ذكرنا في كتاب البيع أن المذهب

أنه يتسرى بإذن السيد ، ولا يتسرى بغير إذنه . لكن لو وطىء ، لم يحدّ لشبهة الملك . ولو استولدها ، فالولد ملك له ، لكن لا يعتق عليه لضعف ملكه ، وتعلق حق السيد به . فإن عتق ، عتق الولد أيضاً ، وحكم المدبر والمعلق عتقه بصفة حكم القن في هذا . ومن بعضه حر إذا اشترى جارية بما كسبه بحريته ملكها ، لكن لا يطؤها بغير إذن السيد ، لأن بعضه مملوك والوطء يقع بجميع بدنه ، ولا يختص بالبعض الحرّ . ومال ابن الصباغ إلى أنه لا حاجة إلى إذن السيد ، كما أنه يأكل كسبه ويتصرف فيه . فإن أذن السيد وقلنا : لا بد من إذنه ، فعلى القديم : يجوز . وعلى الجديد : لا يجوز ، لأن ما فيه من الملك يمنع التسري ، والمكاتب لا يتسرى بغير إذن السيد ، وبإذنه قولان كتبرُّعاته .

الباب الثاني عشر
في اختلاف الزوجين في النكاح

وفيه مسائل .

الأولى(١) : إذا ادعى زوجية امرأة ، سمعت دعواه عليها وإن كان العاقد هو الولي لأن إقرارها مقبول ، وفيه خلاف سبق في « باب أحكام الأولياء » .

وأما المرأة ، فإن ادعت المهر في النكاح ، أو ادعت النكاح ، وطلبت حقاً من حقوقه ، سمعت دعواها . وإن ادّعت مجرد الزوجية ، فوجهان ، إن سمعت ، أقامت البينة ، فإن أنكر ، فهل إنكاره طلاق ؟ فيه وجهان . إن قلنا : طلاق اندفع ما يدّعيه ، ولا معنى لإقامة البينة ، وستأتي هذه المسألة مبسوطة في « كتاب الدعاوى » إن شاء الله تعالى .

الثانية(٢) : زوج إحدى بنتيه بعينها ، ثم تنازعا ، فلتنازعهما حالان .

أحدهما : تقول كل واحدة : أنا المزوجة ، فمن صدقها الزوج ، ثبت نكاحها ، والأخرى تدّعي أنها زوجته وهو منكر ، فالمذهب أنه يحلف لها . وقيل : في تحليفه قولان ، وينبغي أن يفصل ، فإن ادّعت زوجيته وطلبت المهر ، فالوجه التحليف . وإن ادعت مجرد الزوجية ، ففيه الخلاف في المسألة الأولى . فإنا قلنا :

---

(١) في « ط » المسألة الأولى .

(٢) في « ط » المسألة الثانية .

يحلف ، فحلف ، سقطت دعواها . وإن نكل ، فحلفت ، فهل اليمين المردودة مع النكول كالبينة ؟ أم كالإقرار ؟ قولان مشهوران . إن قلنا : كالبينة ، فوجهان . أحدهما : يثبت نكاح الثانية دون الأولى ، كما لو أقامت بينة . قال الإمام : وهذا القائل يقول : ينتفي نكاح الأولى ، ويحكم بانقطاع نكاح الثانية لإنكار الزوج . وأصحهما : استمرار نكاح الأولى ، لأن اليمين المردودة إنما تجعل كالبينة في حق المدعي والمدعى عليه ، لا في حق غيرهما . وقد ثبت نكاح الأولى بتقارهما . وإن قلنا : كالإقرار ، فوجهان . أحدهما : يبطل النكاحان والصحيح استمرار نكاح الأولى ، كما لو أقر للأولى ثم أقر للثانية . وعلى هذا ، فهل تستحق الثانية نصف المهر ، أم لا تستحق شيئاً ؟ قولان . أظهرهما : الأول .

الحال الثاني : تقول كل واحدة : لَسْتُ بالمزوجة ، بل صاحبتي ، فيقال للزوج : عين ، فإذا عين ، فقد أقر بأن الأخرى ليست زوجة له ، فلا خصومة له معها ، والقول قول الأخرى مع يمينها . فإن لم تحلف ، حلف الزوج وثبت النكاح . وقيل : القول قول الزوج بيمينه لأن إحداهما زوجة ، وهو أعلم بمحل حقه . والصحيح الأول .

واعلم أن المسألة من فروع ابن الحداد ، وأنه قيدها فقال : إذا مات الأب ، وكذا قيدها الغزالي . قال الشيخ أبو علي : هذا القيد لا فائدة فيه في الحالة الأولى ، لأن لو كان حياً وعين إحداهما ، لم يقبل قوله على الزوج ، لكنه مفيد في الحالة الثانية ، لأنه إذا كان الأب حياً وهي مجبرة ، راجعناه . فإن أقر بالنكاح على إحداهما ، قبل قوله ، ولا يضر الزوج إنكارها . قال الإمام : ويظهر في القياس أن لا يقبل إقرارها ومعها مجبر حذراً من اختلاف الإقرارين ، وإذا قبلنا إقرارها فاختلف إقرارها وإقرار الولي ، فيجوز أن يقال : الحكم للسابق ، ويجوز أن يقال : يبطلان جميعاً ، وقد ذكرنا وجهين في هذه المسألة في آخر الباب الثالث عن القفال الشاشي والأودني ، أن المقبول إقراره أم إقرارها ؟ فحصل أربعة احتمالات . ولو زوج بنته من أحد ابني رجل ، وادعت هي على أحدهما أنه الزوج ، فإن جردت دعوى النكاح ، فعلى ما سبق ، وإن ادعت المهر ، حلّفته . فإن نكل ، حلفت وأخذت نصف المهر ، وإن ادعى كل واحد منهما أنها امرأته ، فأقرت لأحدهما ، ثبت نكاحه ، وهل للآخر تحليفها ؟ قولان على ما ذكرنا فيمن زوجها وليان بشخصين .

الثالثة[1] : شهدوا على رجل بنكاح امرأة بمهر معلوم وهو منكر ، فحكم بشهادتهم ثم رجعوا ، هل يغرمون له ؟ وجهان . أصحهما : نعم ، وإنما يغرمون ما فوتوا على الزوج وهو نصف المسمى . وإن قلنا : لا يغرمون ، فذلك في قدر مهر المثل ، فإن زاد المسمى على مهر المثل ، فحكم الزيادة في الرجوع حكم شهود المال إذا رجعوا . ولو شهدوا على رجل بطلاق ، ثم رجعوا ، فهل يغرمون مهر المثل أم نصفه ، أم غير ذلك ؟ فيه خلاف موضعه « باب الرجوع عن الشهادة » . وإذا ادعت أنها في نكاح رجل بمهر معلوم ، وشهد لها شاهدان ، ثم ادعت الإصابة واستقرار المهر ، فشهد على الإصابة أو على إقرار الزوج بها آخران ، ثم ادعت أنه طلقها وشهد بذلك آخران ، وحكم بمقتضى الشهادات وأخذ منه المهر ، ثم رجع الشهود جميعاً ، فثلاثة أوجه .

أحدها : لا غرم على أحد منهم ، لأن شهود النكاح والإصابة لم يوجد منهم إلا إثبات ملك واستمتاع بملك ، وشهود الطلاق لم يفوتوا عليه شيئاً في زعمه ، فإنه ينكر النكاح ، ولأنه إن كان نكاح فقد فوته بزعمه بإنكاره قبل شهادتهم .

والثاني : لا غرم على شهود النكاح والإصابة ، ويغرم شهود الطلاق لأنهم فوتوا ما ثبت بالأولين . فعلى هذا ، في قدر غرمهم الخلاف الذي أحلناه على « باب الرجوع عن الشهادة » وبهذا الوجه قال ابن الحداد ، ووافقه طائفة .

والثالث وهو أصحها : لا شيء على شهود الطلاق ، لأنه ينكر أصل النكاح ، فكيف يطالبهم بضمان تفويته ؟! بل النكاح لا يثبت مع إنكاره ، فلا ينبغي أن تسمع بينة الطلاق .

وأما شهود النكاح والإصابة ، فإن أرَّخوا شهادتهم ، فشهد هؤلاء أنه نكحها في « المحرم » وأولئك أنه أصابها في « صفر » غرم الصنفان ما غرم الزوج بالسوية . وإن أطلق شهود الإصابة شهادتهم ، فنصف الغرم على شهود النكاح ، ولا شيء على شهود الإصابة ، لجواز وقوعها في غير النكاح وكونها زنا ، ولو شهدوا بالإصابة في النكاح ، فقد ألحق ذلك بما إذا أرخت الشهادتان .

---

(١) في « ط » المسألة الثالثة .

وفي « النهاية » أنهم لو شهدوا بالنكاح ثم على الإصابة بعده ، اشترك الصنفان في غرم نصف المهر ، والنصف الآخر مختص بغرم شهود الإصابة ، والصورتان متقاربتان ، ولا يبعدِ التسوية بينهما في الحكم ، ولم يقل أحد بتخصيص الغرم بشهود الإصابة .

الرابعة(١) : إذا زوجت برجل ، ثم ادعت أن بينها وبينه محرمية ، بأن قالت : هو أخي من الرضاع ، أو كنت زوجة أبيه ، أو ابنه ، أو وطئني أحدهما بشبهة ، نظر ، أوقع التزويج برضاها أم لا ؟

الحالة الأولى : زوجت برضاها به بأن كانت ثيباً ، أو زوجها أخ أو عم ، أو زوجها المجبر برضاها ، فلا يقبل دعواها والنكاح ماض على الصحة ، لأن إذنها فيه يتضمن حلها له ، فلا يقبل نقيضه . لكن إن ذكرت عذراً كغلط أو نسيان ، سمعت دعواها على المذهب فتحلفه .

الحالة الثانية : زوجت بغير رضاها لكونها مجبرة ، فوجهان .

أصحهما وبه قال ابن الحداد ونقله الإمام عن معظم الأصحاب : أنه يقبل قولها بيمينها ، ويحكم باندفاع النكاح من أصله ، لأن قولها محتمل ولم تعترف بنقيضه ، فصار كقولها في الابتداء : هو أخي لا يجوز تزويجها به .

والثاني قاله الشيخ أبو زيد واختاره الغزالي ، وحكي عن اختيار ابن سريج : لا يقبل قولها استدامة للنكاح الجاري على الصحة ظاهراً ولئلا تتخذه الفاسقات ذريعة إلى الفراق .

واحتج الشيخ أبو علي للأول وهو الأصح عنده أيضاً ، فإن الشافعي رحمه الله نص على أنه لو باع الحاكم عبداً أو عقاراً على مالكه الغائب بسبب اقتضاه ، ثم جاء المالك وقال : كنت أعتقت العبد أو وقفت العقار أو بعته ، صدق بيمينه ، ونقض بيع القاضي ، ورد اليمين على المشتري ، بخلاف ما لو باعه بنفسه أو توكيله ، ثم ادعى ذلك ، فإنه لا يقبل لأنه سبق منه نقيضه ، ومقتضى حكايته أنه لا خلاف في صورة بيع

---

(١) في « ط » المسألة الرابعة .

الحاكم ، لكن الإمام حكى فيها قولين[١] .

ولو زوج بنته أو أمته ثم ادعى الأب أو السيد محرمية بينها وبين الزوج ، لم يلتفت إلى قوله ، لأن النكاح حق الزوجين . قال الشيخ أبو علي : ولو قال بعد تزويجه أمته : كنت أعتقتها ، حكم بعتقها ، ولا يقبل قوله في النكاح ، وكذا لو أجر العبد ثم قال : كنت أعتقته ، ويغرم للعبد أجرة مثله ، لأنه أقر بإتلاف منافعه ظلماً ، كمن باع عبداً ثم قال : كنت غصبته لا يقبل قوله في البيع ، ويغرم قيمته للمقر له . والخلاف في الحالة الثانية ، في أنها هل تصدق بيمينها ؟ وأما دعواها ، فتسمع بلا خلاف . ولو قامت بينة ، حكم بها بلا خلاف . والكلام في الحالة الأولى ، في رد الدعوى من أصلها ، وأن الاذن والرضى بالتزويج إنما يؤثر إذا أذنت في تزويجها بشخص معين . أما إذا أذنت في النكاح مطلقاً وقلنا : لا حاجة إلى تعيين الزوج ، فزوجها الولي برجل ، ثم ادعت محرمية ، فالحكم كما إذا زوجت مجبرة ، لأنه ليس فيه اعتراف بجهالة .

ولو زوج الأخ البكر وهي ساكتة ، اكتفي بصماتها على الأصح ثم ادعت محرمية ، قال الإمام : الذي ارتضاه العراقيون ، أن دعواها مسموعة . قال : لكن لا تصدق بيمينها .

الخامسة[٢] : إذا زوج أمته ثم قال : كنت مجنوناً أو محجوراً عليَّ وقت تزويجها ، وأنكر الزوج وقال : تزوجتها تزوجاً صحيحاً ، فإن لم يعهد السيد ما ادعاه ولا بينة ، فالقول قول الزوج بيمينه ، لأن الظاهر صحة النكاح . وكذا لو قال : زوجتها وأنا محرم ، أو قال : لم تكن ملكي يومئذ ثم ملكتها ، وكذا الحكم لو باع عبداً ثم قال بعد البيع : بعته وأنا محجور عليَّ ، أو لم يكن ملكي ثم ملكته . وعن

---

(١) قال في المهمات : التعليل بالمناقضة يوهم عدم سماع الدعوى والبينة وليس كذلك كما سيأتي في آخر الدعاوى .
وقال الشيخ البلقيني : قوله أو بوكيله محمول على توكيل ببيع معين ثم يدعى الموكل بعد بيع الوكيل ولزومه أنه كان أعتقه قبل التوكيل فأما لو كانت الوكالة مطلقة أو في معين وادعى عتقاً بعد التوكيل ولم ينسب إلى التقصير في ترك إعلام الوكيل فالقول قول الموكل بيمينه ، وقد كتبت عن القاضي حسين في صورة الوكالة في أثناء باب اللقطة في الكلام على بيع الملتقط أن القول قول الموكل .

(٢) في « ط » المسألة الخامسة .

نصه في « الإملاء » أنه لو زوج أخته ومات الزوج ، فادعى ورثته أن أخاها زوجها بغير إذنها وقالت : بل زوجني بإذني ، فالقول قولها . ولك أن تقول : قد سبق ذكر وجهين فيما لو ادعى أحد المتعاقدين صحة البيع والآخر فساده ، فليجىء ذلك الخلاف في هذه الصورة .

قلت : لم يذكره الأصحاب في هذه الصورة ، ولا يصح مجيئه لأن الظاهر الغالب في الأنكحة الاحتياط لها ، وعقدها بشروطها وبحضرة الشهود وغيرهم ، بخلاف البيع فإن وقوعه فاسداً كثير . والله أعلم .

ولو ادعت المنكوحة أنها زوجت بغير إذنها وهي معتبرة الإذن ، ففي فتاوى البغوي أنه لا يقبل قولها بعدما دخلت عليه وأقامت معه ، كأنه جعل الدخول بمنزلة الرضى[(١)] .

أما إذا عهد للسيد المزوج جنون ، أو حجر ، أو قال : زوجتها وأنا صبي ، فأيهما يصدق بيمينه ؟ قولان خرجهما الشيخ أبو زيد . أظهرهما عند الشيخ أبي علي وغيره : أن المصدق الزوج ، لأن الغالب جريان العقد صحيحاً ، ولأنه صح ظاهراً والأصل دوامه .

ولو زوج أخته برضاها ، ثم ادعت أنها كانت صغيرة يومئذ ، ففي فتاوى القفال والقاضي حسين والبغوي ، أن القول قولها بيمينها وإن أقرت يومئذ ببلوغها ، كما لو أقر بمال ثم قال كنت صغيراً يوم الإقرار ، وهذا يمكن أن يكون تفريعاً على أحد القولين ويمكن أن يفرق بأن الغالب من العقد الجاري بين مسلمين ، صحته وهذه لم تعقد[(٢)] .

---

(١) قال في المهمات : سيأتي في آخر الرجعة الجزم بالقبول من غير تفصيل ولا عزو لأحد وأنها لو رجعت وقالت : كنت رضيت ففي قبول رجوعها وجهان المنصوص أنه لا يقبل .

(٢) قال في المهمات : الفتوى على الثاني فهو قياس ما سبق قريباً فيما إذا ادعت أن بينهما محرمية ولم يزوج برضاها أن القول قولها على الأصح .
قال : ومقتضى ما سبق عن البغوي من أنه لا يقبل قولها بعد دخولها عليه تصوير هذه المسألة بما إذا ادعت ذلك عقب البلوغ ، فإن مكنته بعد ذلك ثم ادعت لم يقبل قولها . وقال الشيخ جلال الدين البلقيني : الذي في فتاوى البغوي إنما هو في حالة أن تدعي الصغر من غير أن يتقدمها الاقرار بالبلوغ ، وادعى وهم الشيخ تبعاً لأصله ثم استدرك على نفسه فقال : هذا ما كنت كتبته أولاً ثم ظهر =

ولو وكل الولي بتزويجها ، ثم أحرم ، وجرى العقد ، فادعى الولي جريانه في الإحرام ، وأنكر الزوج ، فنص الشافعي رحمه الله ، أن القول قول الزوج عملاً بظاهر الصحة . ولم يحك الشيخ أبو علي خلافاً في هذه الصورة . قال الإمام : وسببه أن الإحرام طرأ والأصل استناد العقد إلى الحل ، لكن الشيخ ألحق بمسألة الإحرام المنقولة عن النص ، ما إذا وكل بقبول نكاح ثم أحرم الموكل وقبل الوكيل ، ثم اختلف الزوجان ، فقال الزوج : عقد قبل إحرامي أو بعده أو بعد تحللي ، وقالت : بل في حال إحرامك ، فالقول قول الزوج ، فلم يفرق بين أن يدعي سبق الإحرام النكاح وعكسه . ومقتضى ما سبق في المسألة الرابعة ، أن الولي إذا زوج ثم ادعى المحرمية بين الزوجين ، لا يلتفت إلى دعواه أن لا يفرض النزاع في مسألة النص بين الولي والزوج ، بل يفرض بين الزوجين .

ولو زوج أمته ، ثم ادعى أن الزوج كان واجداً لِلطول ، وأنكر الزوج ، صدق الزوج . ولو زوج بنته ومات ، فادعت أن أباها كان مجنوناً يوم العقد ، نظر ، هل كان التزويج برضاها أم بغيره ؟ وحكمه ما سبق في المسألة الرابعة .

فرع : ادعى نكاح امرأة وأقام بينة به ، ثم ادعت أنها زوجة غيره وأقامت بينة به ، قال ابن الحداد : يعمل ببينة الرجل ، لأن حقه في النكاح أقوى منها ، فإن المتصرف إن شاء أمسكها ، وإن شاء طلق ، فقدمت بينته كصاحب اليد مع غيره ، هذا قول ابن الحداد ، وبه قال الجمهور . وقال الشيخ أبو علي : يحتمل أن ينظر في جواب من ادعت أنها زوجته ، فإن أنكر فلا نكاح له ، فيعمل ببينة الرجل . وإن سكت ، فهما بينتان تعارضتا ، ولم يتعرضوا في تصوير المسألة لدعواها المهر ، أو حقاً من حقوق النكاح ، وقد سبق في سماع دعوى الزوجية المجردة خلاف . فإن سمعت وأنكر الزوج ، ففي إقامة البينة أيضاً خلاف . فإذا ادعت الزوجية المجردة ،

= أي أن يعذر وأن في فتاوى البغوي نظير ما ذكرا لكنهما لم يتعقباه وهو متعقب ففيها قبل المسألة السابقة بمسائل مسألة إذا استوت امرأة في النكاح فأقرت أنها بالغة فزوجت ثم ادعت أني لم أكن بالغة يوم أقررت بالبلوغ .

قال : يقبل قولها مع يمينها وإن قالت : كنت مجنونة وعرف لها جنون سابق يقبل قولها وإلا فلا ثم قال : وهذا ممنوع بل لا يقبل قولها الثاني لاعترافها بما يناقضه .

فإنما تقيم هي البينة تفريعاً على سماع هذه الدعوى والبينة مع إنكاره .

فرع : في فتاوى البغوي أنه إذا كان تحته مسلمة وذمية لم يدخل بهما ، فقال للمسلمة : ارتددت ، وقال للذمية : أسلمت ، فأنكرتا ، ارتفع نكاحهما لـزعمه . وذكر الإمام الرافعي هنا مسائل منثورة من فتاوى القفال والقاضي حسين والبغوي ، تتعلق بـأبواب النكـاح قدَّمتهـا أنا فـوضعتها في مـواضعها الـلائقـة بهـا ، [وبـالله التوفيق](1) .

كتاب الصَّداق[1]

هو اسم المال الواجب للمرأة على الرجل بالنكاح أو الوطء[2] ، وله أسماء : الصداق ، والصدقة ، والمهر ، والأجر ، والعقر ، والعليقة[3] . ويقال : أصدقها ، ومهرها . ويقال في لغة قليلة : أمهرها .

قال الأصحاب : ليس المهر ركناً في النكاح ، بخلاف المبيع والثمن في البيع ، لأن المقصود الأعظم منه الاستمتاع وتوابعه ، وهو قائم بالزوجين ، فهما الركن ، فيجوز إخلاء النكاح عن تسمية المهر[4] ، لكن المستحب تسميته ، لأنه

---

(١) هو بفتح الصاد وكسرها يجمع جمع قلة على أصدقة وجمع كثرة على صدق ، والأصل فيه قبل الاجماع قوله تعالى : ﴿ وآتوا النساء صدقاتهن نحلة ﴾ أي عطية من الله مبتدأة ، والمخاطب بذلك الأزواج عند الأكثرين ، وقيل الأولياء لأنهم كانوا في الجاهلية يأخذونه ويسمونه نحلة .
وقوله ﷺ : « التمس ولو خاتماً من حديد » . رواه الشيخان .

(٢) قال الشيخ البلقيني : الأحسن أن يقال هو اسم لما وجب بسبب عقد أو وطء أو تفويت بضع ، فقولنا لما وجب يشمل المال وغيره من تعليم صنعة ونحوها ، وقولنا بسبب عقد أو وطء واضح ، وقولنا أو تفويت بضع يدخل فيه الرضاع والشهود الراجعون ووطء الأب زوجة ابنه وبالعكس بالشبهة فيهما ووطء الأب جارية ابنه وإقرار المرأة لزوج بعد إقرارها لزوج قبله وغير ذلك من المواضع المعروفة في أبوابها .

(٣) وقد جمع بعضهم أسماءه فقال :
صداق ومهر نحلة وفريضة حباء وأجر ثم عقر علائق
وزاد بعضهم الطول في بيت فقال :
مهر صداق نحلة وفريضة طول حباء عقر أجر علائق

(٤) قال الشيخ البلقيني في التدريب : يجوز إخلاء النكاح عن تسمية المهر إلا في أربع صور :

أقطع[١] للنزاع ، ثم ليس للصداق حد مقدَّر[٢] ، بل كل ما جاز أن يكون ثمناً أو مثمناً أو أجرة ، جاز جعله صداقاً[٣] . فإن انتهى في القلة إلى حد لا يتمول ، فسدت التسمية . ويستحب أن لا ينقص عن عشرة دراهم ، للخروج من خلاف أبي حنيفة رضي الله عنه ، وأن لا يغالى في الصداق ، والمستحب أن لا يزاد على صداق أزواج رسول الله ﷺ وهو خمسمائة درهم[٤] .

فصل يشتمل كتاب الصداق على ستة أبواب : الباب الأول[٥] : في أحكام الصداق الصحيح وهي ثلاثة .

= إحداها: إذا كانت الزوجة غير جائزة التصرف أو مملوكة لغير جائز التصرف .
الثانية : إذا كانت جائزة التصرف وأذنت لوليها أن يزوجها ولم تفوض .
الثالثة : الوكيل عن الولي في غير صورة التصرف لتفويض الصحيح لا يجوز له الإخلاء .
الرابعة : إذا كان الزوج غير جائز التصرف وحصل الاتفاق على مسمى هو نصف مهر مثلها مثلاً فيتعين تسميته ولا يجوز الاخلاء .

(١) قال الشيخ البلقيني في التدريب : إلا إذا رجع عبده بأمته فلا يستحب التسمية على الجديد خلافاً لما في الروضة وأصلها من حكاية الاستحباب على الجديد . انتهى . ويكره إخلاؤه منه .

(٢) في هامش « ط » في الأصل مقدور ، وهو خطأ .

(٣) قال في الخادم : هذا في المالكة لأمرها كما نقله منصف التميمي في المستعمل عن الشافعي ، وأما الولي يزوج المحجورة ، فليس له أن ينقص عن مهر مثلها ، وقال ابن الرفعة : يستثنى من هذا الضابط جعل رقبة العبد صداقاً للمرأة الحرة وجعل الأب أم ابنه صداقاً عن ابنه وجعل أحد أبوي الصغيرة صداقاً لها ، فإنه يجوز بيعه ولا يجوز إصداقه .
وأجيب بأن هذا يجوز إصداقه في الجملة وإنما امتنع هنا لمعنى آخر والفرض هنا بيان ما يصح إصداقه ، وأما الدين فإن كان في ذمة غيره فلا يجوز إصداقه ، والظاهر مجيء الخلاف السابق في بيعه لغير من عليه هنا حتى يصح إصداقه على رأي النووي في الروضة ، وإن كان في ذمتها له جاز وتبرأ ذمتها ويجب أن يكون موضع هذا فيما يصح الاعتياض عنه لا كدين السلم ، ولو أصدقها ديناً في ذمته فهل من شرط صحته أن يكون مما يصح السلم فيه حتى لا يصح إصداقها في ذمته ما يعز وجوده فيه وجهان في الكفاية مأخذهما أن الصداق مضمون ضمان عقد أو يد .
وقول الشيخ أو أجرة ، قيل ظاهره التكرار مع ما قبله لأن الأجرة لا تخلو من واحد من الثمن والمثمن ، فليتأمل .

(٤) هذا في غالب نساء رسول الله ﷺ فقد صح أن أم حبيبة أصدقها مائتي دينار ، وروي أربعة الآف درهم وهي أربعمائة دينار ، في مسند ابن أبي شيبة أن رسول الله ﷺ تزوج سودة بنت زمعة على بيت ورثه من بعض نسائه لكن لم يذكر قيمته ، ويستفاد منه أن النبي ﷺ يرث .

(٥) سقط من الأصل والمثبت من « ط » .

الحكم الأول[١] : في أن الصداق في يد الزوج ، كيف يضمن ؟ فإذا أصدقها عيناً ، فهي مضمونة عليه إلى أن يسلمها . وفي كيفية ضمانه قولان .

أظهرهما وهو الجديد : ضمان العقد كالمبيع في يد البائع .

والقديم : ضمان اليد كالمستعار والمستام[٢] ، ويتفرع على القولين مسائل .

الأولى : إذا باعت الصداق قبل قبضه ، إن قلنا : ضمان يد ، جاز وإلا ، فلا[٣] . ولو كان الصداق ديناً فاعتاضت عنه ، جاز إن قلنا : ضمان يد ، وإلا فقولان كالثمن . أظهرهما : الجواز ، كذا ذكره الإمام وغيره . وفي « التتمة » : لو أصدقها تعليم القرآن أو صنعة ، لم يجز الاعتياض على قول ضمان العقد كالمسلم فيه .

الثانية : تلف الصداق المعين في يده ، فعلى ضمان العقد ينفسخ عقد الصداق ، ويقدر عود الملك إليه قبيل التلف ، حتى لو كان عبداً كان عليه مؤنة تجهيزه كالعبد المبيع يتلف قبل القبض ولها عليه مهر المثل . وإن قلنا : ضمان اليد ، تلف على ملكها حتى لو كان عبداً ، فعليها تجهيزه . ولا ينفسخ الصداق على هذا القول ، بل بدل ما وجب على الزوج تسليمه يقوم مقامه ، فيجب لها عليه مثل الصداق إن كان مثلياً ، وقيمته إن كان متقوماً . ورجح الشيخ أبو حامد وابن الصباغ وجوب البدل والجمهور رجحوا القول الأول وهو وجوب مهر المثل . فإذا أوجبنا القيمة ، فهل يجب أقصى القيمة من يوم الصداق إلى يوم التلف لأن التسليم كان مستحقاً في كل وقت ، أم يوم التلف فقط لأنه لم يكن متعدياً ؟ أم يوم الصداق ؟ أم الأقل من يوم الصداق إلى يوم التلف ؟ فيه أربعة أوجه . أصحها : الأول . ولو طالبته بالتسليم فامتنع ، تعين الوجه الأول على المذهب . وقيل : يجب أقصى القيم من وقت المطالبة إلى التلف ، لأنه يصير متعدياً . ولو طالبها الزوج بالقبض فامتنعت ، ففي بقاء الصداق مضموناً عليه وجهان ، نقلهما أبو الفرج السرخسي ، الصحيح الضمان ، كما أن البائع لا يخرج عن عهدة المبيع بهذا القدر . هذا كله إذا

---

(١) سقط من الأصل المثبت من « ط » .

(٢) هذا فيما يمكن تقويمه ، أما ما لم يمكن تقويمه فهو مضمون ضمان عقد قطعاً كما سيأتي .
والفرق بين ضماني العقد واليد في الصداق أنه على الأول يضمن بمهر المثل ، وعلى الثاني بالبدل الشرعي وهو المثل إن كان مثلياً ، والقيمة إن كان متقوماً .

(٣) ويتفرع على القولين الإقالة ، فيصح على الأول دون الثاني وهي مسألة نفيسة ذكرها القاضي حسين .

تلف الصداق بنفسه . أما لو أتلف ، فينظر ، إن أتلفته الزوجة . صارت قابضة وبرىء الزوج[١] ، وقد ذكرنا في البيع وجهاً أن المشتري إذا أتلف المبيع في يد البائع ، لم يصر قابضاً بل يغرم القيمة للبائع ، ويسترد الثمن . فعلى قياسه ، تغرم له الصداق وتأخذ مهر المثل .

وإن أتلفه أجنبي ، فإن قلنا : إتلاف الأجنبي المبيع قبل القبض كآفة سماوية ، فالحكم ماسبق ، وإن قلنا : يوجب الخيار للمشتري وهو المذهب ، فللمرأة الخيار ، إن شاءت فسخت الصداق ، وحينئذ تأخذ من الزوج مهر المثل إن قلنا بضمان العقد ، ومثل الصداق أو قيمته إن قلنا بضمان اليد ، ويأخذ الزوج الغرم من المتلف . وإن أجازت تأخذ من المتلف المثل أو القيمة ، ولها أن تطالب الزوج بالغرم ، فيرجع هو على المتلف إن قلنا بضمان اليد . وإن قلنا بضمان العقد ، فليس لها مطالبة الزوج ، هكذا رتب الإمام والبغوي وغيرهما ، فأثبتوا لها الخيار على قولي ضمان العقد واليد ، ثم فرعوا عليهما ، وكان يجوز أن يقال : إنما يثبت لها الخيار على قول ضمان العقد . فأما على ضمان اليد ، فلا خيار ، وليس لها إلا طلب المثل أو القيمة ، كما إذا أتلف أجنبي المستعار في يد المستعير .

وإن أتلفه الزوج ، فعلى الخلاف في أن إتلاف البائع المبيع قبل القبض كالآفة السماوية ، أو كإتلاف الأجنبي ؟ والمذهب الأول . وقد بينا حكم الصداق على التقديرين .

الثالثة : حدث في الصداق نقص في يد الزوج ، فهو نقص جزءٍ أو صفة ، فنقص الجزء مثل أن أصدقها عبدين ، فتلف أحدهما في يده ، فينفسخ عقد الصداق فيه ، ولا ينفسخ في الباقي على المذهب ، لكن لها الخيار . فإن فسخت ، رجعت إلى مهر المثل على قول ضمان العقد ، وعلى ضمان اليد تأخذ قيمة العبدين . وإن أجازت في الباقي ، رجعت للتالف إلى حصة قيمته من مهر المثل على قول ضمان

---

(١) قال في الخادم : هذا إذا كانت الزوجة أهلاً للقبض ، فلو كانت صغيرة فالقياس أن لا تكون قابضة ، وكذا لو كانت سفيهة لأن قبضها غير معتد به ، وإن كان قبض السفيه بإذن الولي معتداً به في الأصح لأن ذاك في قبض لا ضرر فيه بخلاف الاتلاف فإنه ضرر وقد ورد في البيع استثناء صور من أن إتلاف المشتري قبض فجيء هنا فاستحضرها .

العقد ، وإلى قيمة التالف على ضمان اليد . وإن تلف[١] أحد العبدين بإتلاف ، نظر ، إن أتلفته المرأة ، جعلت قابضة لقسطه من الصداق . وإن أتلفه أجنبي ، فلها[٢] الخيار[٣] . فإن فسخت أخذت الباقي ، وقسط قيمة التالف من مهر المثل إن قلنا بضمان العقد ، وقيمته إن قلنا بضمان اليد . وإن أجازت ، أخذت من الأجنبي الضمان. وإن أتلفه الزوج. فهو كالتلف بآفة على المذهب. وأما نقص الصفة، فهو العيب ، كعمى العبد أو نسيانه الحرفة ونحوهما ، وللمرأة الخيار . وفي « الوسيط » أن أبا حفص بن الوكيل قال: لا خيار على قول ضمان العقد، والمذهب الأول. فإن فسخت الصداق ، أخذت من الزوج مهر المثل على الأظهر . وبدل الصداق في القول الآخر . وإن أجازت ، فعلى الأظهر : لا شيء لها كما لو رضي المشتري بعيب المبيع ، وعلى ضمان اليد لها عليه أرش النقص . وإن اطلعت على عيب قديم ، فلها الخيار ، فإن فسخت رجعت إلى مهر المثل أو إلى قيمة العين سالمة . وإن أجازت وقلنا بضمان اليد ، فلها الأرش على المذهب ، وفيه تردد للقاضي حسين ، لأنها رضيت بالعين . وإن حصل التعييب[٤] بجناية ، نظر ، إن حصل بفعل الزوجة ، جعلت قابضة لقدر النقص ، وتأخذ الباقي ولا خيار . وإن هلك بعد التعييب في يد الزوج، فلها من مهر المثل حصة قيمة الباقي على الأظهر، وقيمة الباقي على القول الثاني . وإن حصل التعييب بفعل أجنبي[٥] ، فلها الخيار ، فإن فسخت ، أخذت مهر المثل على الأظهر وقيمته سليماً في الثاني ، ويأخذ الزوج الغرم من الجاني . وإن أجازت ، غرمت للجاني . وليس لها مطالبة الزوج إن قلنا بضمان العقد . وإن قلنا بضمان اليد ، فلها مطالبته ، فينظر إن لم يكن للجناية[٦] أرش مقدر ، أو كان

---

(١) في هامش « ط » في الأصل : أتلف .

(٢) في هامش « ط » في الأصل : فلهما .

(٣) محله إذا أتلفه الأجنبي بغير حق ، فإن أبلغه بحق كالقصاص فكالآفة قطعاً فلا خيار ولها على الزوج مهر المثل .

(٤) في هامش « ط » في الأصل التعيين وهو خطأ .

(٥) وإن أجازت غرمت الجاني وليس لها مطالبة الزوج إن قلنا بضمان العقد وإن قلنا بضمان اليد فلها المطالبة وينظر إن لم يكن للجناية أرش مقدراً أو كان وكان أرش النقص أكثر رجعت على من شاءت منهما والقرار على الجاني . قال الشيخ البلقيني قوله أكثر سهو وصوابه أقل ، انتهى .

(٦) في هامش « ط » في الأصل لأنها ، وهو خطأ .

أرش النقص أكثر ، رجعت على من شاءت منهما ، والقرار على الجاني . وإن كان المقدر أقل ، طالبت بالمقدر من شاءت منهما ، والقرار على الجاني ، وأخذت قيمة الأرش من الزوج . وإن حصل التعييب بجناية الزوج ، فعلى الخلاف في أن جناية البائع كآفة أو كجناية أجنبي ؟ آن قلنا بالأول ، وقلنا بضمان اليد ، فعليه ضمان ما نقص . فإن كان للجناية أرش مقدر ، كقطع اليد ، فعليه أكثر الأمرين من نصف القيمة وأرش النقص .

فرعان : **الأول** : أصدقها داراً فانهدمت في يده ولم يتلف من النقص شيء ، فالحاصل نقصان صفة . وإن تلف بعضه أو كله باحتراق أو غيره ، فالحاصل هل هو نقصان نصفه كطرف العبد أم نقصان جزءٍ كأحد العبدين ؟ وجهان . أصحهما : الثاني . وقد سبقا في البيع .

الثاني : أصدقها نخلاً ثم جعل ثمره في قارورة ، وصب عليه صقراً من ذلك النخل وهو بعد في يده ، والصقر : هو السائل من الرطب من غير أن يعرض على النار . فإما أن تكون الثمرة صداقاً مع النخل ، بأن أصدقها نخلة مطلعة وإما أن لا تكون .

الحالة الأولى : إذا كانت صداقاً ، ينظر إن لم يدخل الثمرة والصقر نقص لا بتقدير النزع من القارورة ، ولا بتقدير الترك فيها فتأخذهما المرأة ولا خيار لها ، بل الزوج كفاها مؤنة الجداد . وإن حدث فيهما أو في أحدهما نقص ، فهو إما نقص عين ، وإما نقص صفة . أما نقص العين ، فمثل أن صب عليها مكيلتين من الصقر فشرب الرطب مكيلة ، فلا يجبر نقص عين الصقر بزيادة قيمة الرطب ، ثم إن جعلنا الصداق مضموناً ضمان عقد ، انفسخ الصداق في قدر ما ذهب من الصقر إن قلنا : جناية كالآفة وهو المذهب ، ولا ينفسخ في الباقي ، ولها الخيار . إن فسخت ، رجعت إلى مهر المثل ، وإن أجازت في الباقي أخذت بقدر ما ذهب من الصقر من مهر المثل . وإن قلنا : جناية كجناية الأجنبي ، لم ينفسخ الصداق في شيء ، ولها الخيار إن فسخت ، فلها مهر المثل ، وإن أجازت ، أخذت النخل والرطب ، ومثل ما ذهب من الصقر . وإن قلنا بضمان اليد تخيرت أيضاً فإن فسخت ، فلها قيمة النخل مثل الصقر وقيمة الرطب أو مثله على الخلاف المذكور في «كتاب الغصب» أنه مثلي أو

متقوم . وإن أرادت أخذ النخل ورد الثمرة ، فعلى الخلاف في تفريق الصفقة . وإن أجازت . فلها ما بقي ومثل الذاهب من الصقر . وأما نقصان الصفة ، فإذا نقصت قيمة الصقر والمكيلتان بحالهما ، أو قيمة الرطب ، فإن كان النقصان حاصلاً ، سواء ترك الرطب في القارورة أو نزع ، فلها الخيار فإن فسخت ، فعلى قول ضمان العقد لها مهر المثل ، وعلى ضمان اليد لها بدل النخل والرطب والصقر . وإن أجازت ، فإن قلنا بضمان العقد وجعلنا جنايته كالآفة ، أخذتها بلا أرش . وإن جعلناها كجناية الأجنبي ، أو قلنا بضمان اليد ، فعليه أرش النقصان وإن كان الرطب يتعيب لو نزع من القارورة . ولو ترك لا يتعيب ، فلا يجبر الزوج على التبرع بالقارورة ، لكن إن تبرع بها أجبرت المرأة على القبول إمضاءً للعقد ، ويسقط خيارها . وقيل : لا تجبر على القبول ، والصحيح الأول . وهل يملك القارورة حتى لا يتمكن الزوج من الرجوع ؟ وإذا نزعت ما فيها لم يجب[1] رد القارورة ، أم لا تملك وإنما الغرض قطع الخصومة فيتمكن من الرجوع وإذا رجع يعود خيارها فيجب رد القارورة إذا نزعت ما فيها ؟ فيه وجهان كما ذكرنا في البيع في مسألة النعل والأحجار المدفونة . وإن كان الرطب لايتعيب بالنزع ، ويتعيب بالترك ، فلها مطالبته بالنزع ، ولا خيار ولو تبرع هو بالقارورة ، لم تجبر هي على القبول ، لأنه لا ضرورة إليه .

الحالة الثانية : أن لا تكون الثمار صداقاً بأن حدثت بعد الإصداق في يد الزوج . فإن لم يحدث نقص أو زادت القيمة ، فالكل لها . وإن حدث نقص فيهما أو في أحدهما ، فلا خيار لها ، لأن[2] ما حدث فيه النقص ليس بصداق ، ولها الأرش . وحكى ابن كج وجهاً أن لها الخيار وهو غلط . وإن كان النقص بحيث لا يقف ويزداد إلى الفساد ، فهل تأخذ الحاصل وأرش النقص ، أم تتخير بينه وبين أن تطالبه بغرم الجميع ؟ فيه خلاف سبق في « الغصب » ، فيما إذا بل الحنطة فعفنت ، وفي « العدة » أنها على القول الأول ، تأخذ أرش النقص في الحال ، وكلما ازداد النقص ، طالبت بالأرش . ولو كان الرطب يتعيب بالنزع من القارورة ، ولا يتعيب بالترك فتبرع الزوج بالقارورة لم تجبر على القبول ، لأنه لا حاجة إليه في إمضاء العقد

(١) في هامش « ط » في الأصل : لا يجب .
(٢) في هامش « ط » في الأصل : لأنها ، وهو خطأ .

هنا ، هذا كله إذا كان الصقر من ثمرة النخلة ، أما إذا كان الصقر للزوج والثمرة من الصداق ، فالنظر هناك إلى نقصان الرطب وحده ، إن نقص ، فلها الخيار . وإن لم ينقص بالنزع ، فلا خيار ، فتأخذ المرأة الرطب والزوج الصقر ، ولا شيء لما تشربه الرطب . وإن كان ينقص بالنزع ، فلها الخيار . فإن تبرع الزوج بالصقر والقارورة ، سقط الخيار ولزم القبول على الصحيح ، ويجيء فيه ما سبق في التبرع بالقارورة .

فرع : إذا زاد الصداق في يد الزوج ، إن كان زيادة متصلة ، كالسمن والكبر ، وتعلم الصنعة ، فهي تابعة للأصل . وإن كانت منفصلة ، كالثمرة والولد وكسب الرقيق ، قال المتولي : إن قلنا بضمان اليد ، فهي للمرأة ، وإلا ، فوجهان كالوجهين في زوائد المبيع قبل القبض . والصحيح أنها للمشتري في البيع[1] وللمرأة هنا . فإن قلنا : للمرأة فهلكت في يده ، أو زالت المتصلة بعد حصولها ، ولا ضمان على الزوج إلا إذا قلنا بضمان اليد وقلنا : يضمن ضمان المغصوب ، وإلا إذا طالبته بالتسليم فامتنع . وفي « التهذيب » وغيره ما يشعر بتخصيص الوجهين ، في أن الزوائد لمن هي بما إذا هلك الأصل في يد الزوج وبقيت الزوائد أو ردت الأصل بعيب ، أما إذا استمر العقد وقبضت الأصل ، فالزوائد لها قطعاً[2] .

المسألة الرابعة : المنافع الفائتة في يد الزوج غير مضمونة عليه إن قلنا بضمان

---

(١) في هامش « ط » في الأصل المبيع .

(٢) قال في المهمات : لم يطلق المتولي الوجهين حتى يحتاج لتخصيصهما بإشعار من كلام البغوي ، ولا يتخيل مع بقاء العقد وجه بأن الزوائد للبائع ولا للزوج وإنما حكي الخلاف مع الانفساخ فجزم في البيع بأن زوائد المبيع قبل القبض للمشتري .

وقال هنا تفريعاً على أن الصداق مضمون ضمان عقد حكمها حكم زوائد المبيع قبل القبض ، ثم قال فيما لو ردت الصداق بعيب بعد حصول الزوائد في يده أن حكمه كما لو وجد بالمبيع عيباً فرده فعلم أن محل الخلاف في البيع مع الفسخ وأن الصداق كالبيع ، فمحل الخلاف فيه أيضاً مع الفسخ .

قال في التوسط : وما حكاه من أشعار كلام التهذيب وغيره هو مراد المتولي بلا شك وفي عبارته إبهام ثم ساق لفظه ثم قال : وإنما سقت كلامه ، يعني القاضي الحسين وكلام التتمة لأن الإسنوي رحمه الله تعالى أطنب في الانكار على الشيخين ، ثم ساق لفظ المهمات ثم قال وهذا لا شك فيه ولا يخفى على من دون الرافعي والمصنف بدرجات كثيرة .

وقال الشيخ البلقيني ما نقله عن التهذيب كلام المتولي أيضاً يوافقه بمقتضى نقل المصنف وأصله ، فإنه قال كالوجهين في زوائد المبيع قبل القبض . والوجهان في زوائد المبيع إنما هما إذا هلك الأصل وإلا فالزوائد للمشتري قطعاً .

العقد ، وإن طالبته بالتسليم فامتنع[١] . أما إذا قلنا بضمان اليد ، فعليه أجرة المثل من وقت الامتناع[٢] . وأما المنافع التي استوفاها بركوب أو لبس ، أو استخدام ونحوها ، فلا يضمنها على قول ضمان العقد ، إن قلنا : جناية البائع كآفة . وإن قلنا : هي كجناية أجنبي ، أو قلنا بضمان اليد ، ضمنها بأجرة المثل .

فرع : قال الأصحاب : القولان في ضمان العقد واليد ، مبنيان على أن الصداق نحلة وعطية ، أم عوض كالعوض في البيع ؟ وربما ردوا القولين إلى أن الغالب عليه شبه النحلة أم العوض ؟ ودليل النحلة قول الله تعالى : ﴿ **وآتوا النساء صدقاتهن نحلة** ﴾[٣] ، ولأن النكاح لا يفسد بفساده ، ولا ينفسخ برده . ودليل العوض ، أن قوله : زوجتك بكذا ، كقوله : بعتك بكذا ، أو لأنها تتمكن من الرد بالعيب ، ولأنها تحبس نفسها لاستيفائه ولأنه تثبت الشفعة فيه ، وهذا أصح .

وأجابوا عن الآية بجوابين :

أحدهما : أنه يجوز أن يكون المراد بالنحلة : الدين ، يقال : فلان ينتحل كذا ، فالمعنى : آتوهن صدقاتهن تديناً .

والثاني : يجوز أن يكون المعنى : عطية من عند الله تعالى لهن . وإنما لا يفسد النكاح بفساده ، لأنه ليس ركناً في النكاح ، مع أنه حكي قول قديم أنه يفسد النكاح بفساد الصداق .

فصل : إذا فسد الصداق بأن[٤] أصدقها حراً ، فقولان . أظهرهما : يجب مهر المثل[٥] . والثاني : قيمته بتقدير الرق ، وينسب هذا إلى القديم . قال الشيخ أبو حامد والصيدلاني والقاضي حسين والبغوي وغيرهم : قولان فيما إذا قال : أصدقتك هذا العبد وهو عالم بحريته ، أو جاهل . أما لو قال : أصدقتك هذا الحر ، فالعبارة فاسدة ، فيجب مهر المثل قطعاً . وحكى المتولي طريقة أخرى ، أنه لا فرق

---

(١) لما لو اتفق ذلك في البائع . فقول الزركشي والصواب عند الامتناع من التسليم التضمين ممنوع .
(٢) وحيث لا امتناع لا ضمان على القولين .
(٣) سورة النساء الآية (٢) .
(٤) في هامش « ط » في الأصل أو بأن وهو خطأ .
(٥) لصحة النكاح وفساد التسمية .

بين اللفظين في جريان القولين . ولو قال : أصدقتك هذا واقتصر عليه ، فلا خلل في العبارة ، ففيه القولان .

ولو ذكر خمراً أو خنزيراً أو ميتة ، فقيل : يجب مهر المثل قطعاً . وقيل : على القولين . فعلى هذا يعود النظر في عبارته ، إن قال : أصدقتك هذا الخمر أو الخنزير ، فالعبارة فاسدة . وإن قال : هذا العصير أو النعجة . فهو موضع القولين ، وعلى هذا على قول الرجوع[1] ، إلى بدل الصداق ، يقدر الخمر عصيراً ويجب مثله ، وقد حكينا في نكاح المشرك ، فيما إذا جرى قبضهم في خمر وجهاً أنها تقدر خلاً ، ولم يذكروا هناك تقدير العصير ، والوجه التسوية بينهما . وحكينا وجهاً أنه تعتبر قيمة الخمر عند من يرى لها قيمة ، فلا يبعد مجيئه هنا ، بل ينبغي أن يرجح كما سبق في نكاح المشرك تفريق الصفقة ، والخنزير يقدر بقرة ، كذا قاله الإمام والبغوي . وقد سبق مثله في « كتاب نكاح المشرك »[2] وقال الغزالي : يقدر شاة ، والميتة تقدر مذكاة ، ثم الواجب فيها وفي الخنزير القيمة . هذا الاضطراب للأصحاب يزيد القول الأظهر القوة ، وهو وجوب مهر المثل .

الحكم الثاني : تسليم الصداق . فلو أخر تسليمه بعذر أو بغيره ، وطلب تسليم نفسها ، فلها الامتناع حتى يسلم جميع الصداق إن كان عيناً أو ديناً حالاً[3] ، وإن كان مؤجلاً ، فليس لها الامتناع ، فإن حل الأجل قبل تسليمها فليس لها الامتناع أيضاً على الأصح[4] ، وبه قطع الشيخ أبو حامد وأصحابه ، والبغوي ، والمتولي ، وأكثر الأصحاب . وقيل : لها ، وبه قال القاضي أبو الطيب ، واختاره الحناطي والروياني ، لأنها تستحق الآن المطالبة .

ولو كانت المرأة صغيرة أو مجنونة ، فلوليها حبسها حتى تقبض الصداق الحال . فلو رأى المصلحة في التسليم ، فله ذلك . ولو اختلف الزوجان ، فقال : لا

---

(١) في هامش « ط » في الأصل والرجوع وهو خطأ .

(٢) في هامش « ط » في الأصل في كتاب المشرك .

(٣) دفعاً لضرر فوات البضع ، فيجب عليه تأديته .

(٤) قال في المهمات : صحح في الشرح الصغير مقابله وهو الصواب كما أوضحته في البيع ورده الأذرعي في التوسط بعبارة خشنة والحق ما ذكره الشيخ المصنف .

أسلم الصداق حتى تسلمي نفسك ، وقالت : لا أسلمها حتى تسلمه ، فثلاثة أقوال . أظهرها : يجبران ، بأن يؤمر بوضع الصداق عند عدل ، وتؤمر بالتمكين . فإذا مكنت ، سلم العدل الصداق إليها[١] . والثاني : لا يجبر واحد منهما[٢] ، بل إن بادر أحدهما فسلم ، أجبر الآخر . والثالث : يجبر الزوج أولاً ، فإذا سلم ، سلمت[٣] . وذهبت طائفة كبيرة إلى إنكار هذا القول الثالث ومن أثبته قال : موضعه ما إذا كانت متهيئة للاستمتاع . أما إذا كانت ممنوعة بحبس أو مرض ، فلا يلزم تسليم الصداق[٤] . وإن كانت صغيرة لا تصلح للجماع ، فهل يلزمه التسليم ؟ قولان . ولو سلمت مثل هذه الصغيرة إلى زوجها ، هل عليه تسليم المهر ؟ قولان كالنفقة . أظهرهما : المنع . وقيل بالمنع قطعاً ، لأن النفقة للحبس عليه وهو موجود ، والمهر للاستمتاع وهو متعذر . وقيل بالإيجاب قطعاً ، لأن المهر في مقابلة بضع وهو مملوك في الحال ، والنفقة للتمكين وهو مفقود . ويجري الخلاف في مطالبة الولي لو كان الزوج صغيراً ، وإن كان الزوج صغيراً وهي كبيرة ، فالأظهر أن لها طلب المهر كالنفقة . وإذا قلنا : يبدأ بالزوج أو يجبران ، فقالت : سلم المهر لأسلم نفسي ، لزمه النفقة من حينئذ . وإن قلنا : لا يجبر واحد منهما ، فلا نفقة لها حتى تمكن .

فرع : إذا بادرت فمكنت ، فلها طلب الصداق على الأقوال كلها[٥] ، ثم إن لم يجر وطء ، فلها العود إلى الامتناع ، ويكون الحكم كما قبل التمكين . وإن وطىء ، فليس لها بعده الامتناع على الصحيح ، كما لو تبرع البائع فسلم المبيع قبل قبض الثمن ، فليس له أخذه وحبسه .

ولو وطئها مكرهة ، فلها الامتناع بعده على الأصح . ويجري الوجهان ، فيما

---

(١) لما فيه من فصل الخصومة .
قال الامام : فلو هم بالوطء بعد أن تسلمت المهر فامتنعت ، فالوجه استرداده .

(٢) لاستوائهما في ثبوت الحق لكل منهما على الآخر .

(٣) أشعر اقتصار المصنف على الأقوال الثلاثة أنه لا يجيء قول بإجبار الزوجة وهو كذلك كما صرح به الامام لفوات البضع عليها بالتسليم .

(٤) قال الأذرعي : لا يختص هذا بهذا القول ، بل هو معتبر على كل قول حتى لو بذلت نفسها وبها مانع من إحرام أو غيره ، لم يجبر . صرح به العراقي .

(٥) لأنها بذلت ما في وسعها ، ولها حينئذ أن تستقل بقبض الصداق بغير إذن الزوج .

لو سلم الولي صغيرة أو مجنونة قبل قبض صداقها إذا بلغت أو أفاقت بعد الدخول، فلو بلغت أو أفاقت قبله، فلها الامتناع قطعاً. ولو بادر الزوج فسلم الصداق، لزمها التمكين إذا طلبها. وكذا لو كان الصداق مؤجلا، فإن امتنعت بلا عذر، فله الاسترداد وإن قلنا: يجبر أولاً، لأن الإجبار بشرط التمكين. وإن قلنا: لا يجبر، فليس له الاسترداد على الأصح، لأنه تبرع بالمبادرة كمعجل الدين المؤجل. وقيل: له ذلك لعدم حصول الغرض. وقال القاضي حسين: إن كانت معذورة حين سلم، فزال العذر وامتنعت، استرد، لأنه سلم راجياً التمكين، فيشبه هذا الخلاف وجهين ذكرا فيما لو سلم مهر صغيرة لا تصلح للجماع عالماً بحالها أو جاهلاً وقلنا بالأظهر: إنه لا يجب تسليم مهرها، هل له الاسترداد؟

فرع: إذا استمهلت بعد تسليم الصداق، أمهلت لتتهيأ بالتنظيف والاستحداد، وإزالة الأوساخ على ما يراه القاضي من يوم ويومين[1]، وغاية المهلة ثلاثة. وظاهر كلام الغزالي في «الوسيط»، إثبات خلاف في أن المهلة بقدر ما تتهيأ، أم تقدر بثلاثة أيام؟ والمذهب خلافه. ثم المفهوم من كلام الأكثرين، أنه يجب الإمهال إذا استمهلت في العدة، أنه ليس بواجب. وعن نصه في «الإملاء» قول: إنه لا إمهال أصلاً. والمذهب الأول، ولا تمهل لتهيئة الجهاز، ولا لانتظار السمن ونحوهما، ولا بسبب الحيض[2] والنفاس، بل تسلم لسائر الاستمتاعات كالرتقاء والقرناء. وإن كانت صغيرة لا تحتمل الجماع، أو كان بها مرض أو هزال تتضرر بالوطء معه، أمهلت إلى زوال المانع. ويكره للولي تسليم هذه الصغيرة، ولا يجوز للزوج وطؤها إلى أن تصير محتملة. ولو قال الزوج: سلموا إلي الصغيرة أو المريضة ولا أقربها إلى أن يزول ما بها، قال البغوي: يجاب في المريضة دون الصغيرة، لأن الأقارب أحق بالحضانة وفي «الوسيط» أنه لا يجاب في الصورتين[3]، لأنه ربما وطئ فتتضرران، بخلاف الحائض، فإنها لا تتضرر لو وطئ.

---

(١) سواء أكانت طاهراً أم حائضاً أم نفساء.

(٢) أي لا تمهل بسبب الحيض، خص في التتمة المنع بما إذا زادت مدة الحيض على ثلاثة أيام، قال فإن كانت لا تزيد عليها أمهلت. وجرى على الرافعي في الشرح الصغير.

(٣) لم يرجح الشيخ شيئاً.

وله أن يمتنع من تسلم الصغيرة[١] ، لأنه نكح للاستمتاع لا للحضانة . وفي المريضة وجهان . قال في « الشامل » : الأقيس أنه ليس له الامتناع ، كما ليس له أن يخرجها من داره إذا مرضت .

وإذا تسلم المريضة ، فعليه النفقة لا كالصغيرة ، لأن المرض عارض متوقع الزوال . ولو كانت المرأة نحيفة بالجبلّة ، فليس لها الامتناع بهذا العذر ، لأنه غير متوقع الزوال كالرتقاء . ثم إن خافت الإفضاء لو وطئت لعبالة الزوج ، فليس عليها التمكين من الوطء . قال الأئمة : وليس له الفسخ ، بخلاف الرتق ، لأنه يمنع الوطء مطلقاً ، والنحافة لا تمنع وطء نحيف مثلها ، وليس ذلك بعيب أيضاً . ولو وطىء زوجته فأفضاها ، فليس له العود إلى وطئها حتى تبرأ البرء الذي لو عاد لم يخدشها ، هذا نص الشافعي رضي الله عنه . فإن اختلفا في حصول البرء ، فأنكرته ، قال الشافعي رحمه الله : القول قولها . قال المتولي : المراد بالنص إذا ادعت بقاء ألم بعد الاندمال ، لأنه لا يعرف إلا منها . أما إذا ادعت بقاء الجرح ، وأنكرت أصل الاندمال ، فتعرض على أربع نسوة ثقات ، ويعمل بقولهن . ومنهم من حمل النص على ما إذا لم يمض من الزمان ما يغلب فيه البرء ، فإن مضى راجعنا النسوة . ومنهم من أطلق القول بمراجعتهن عند الاختلاف . وعلى هذا ، فالنص على ما إذا لم يكن نسوة ثقات .

فرع : مسائل عن مجرد الحناطي اختلف الزوج وأبو الزوجة فقال أحدهما : هي صغيرة لا تحتمل الجماع ، وقال الآخر : تحتمله . فهل القول قول منكر الاحتمال ، أم تعرض على أربع نسوة ، أو رجلين من المحارم ؟ وجهان .

قلت : أصحهما : الثاني . والله أعلم .

ولو قال الزوج : زوجتي حية فسلمها وقال : لا بل ماتت ، فالقول قول

= قال في الخادم : والراجح الثاني ، وبه أجاب الامام والمتولي وصاحب الذخائر وهو قضية كلام العراقيين ونص المختصر والخلاف قيد لا بد منه وهو أن يكون ثقة أميناً وإلا لم يجب بلا خلاف . وقد صرح بهذا التقييد الصيدلاني في شرح المختصر .

(١) ذكر في الخادم أنه وقع في الروضة والشرح تسليم بكسر اللام بعدها ياء ، والصواب تسلم بضم اللام ، والذي رأيته في الروضة تسلم ، ولعل وقعت نسخة الزركشي كما ذكر . (قاله البكري) .

الزوج . ولو تزوج رجل ببغداد امرأة بالكوفة ، وجرى العقد ببغداد ، فالاعتبار بموضع العقد ، فتسلم نفسها ببغداد ، ولا نفقة لها قبل أن يحصل ببغداد . ولو خرج الزوج إلى الموصل وبعث إليها من يحملها من الكوفة إلى الموصل ، فنفقتها من بغداد إلى الموصل على الزوج .

الحكم الثالث : التقرير ، فالمهر الواجب بالنكاح أو بالفرض ، يستقر بطريقين .

أحدهما : الوطء وإن كان حراماً لوقوعه في الحيض أو الإحرام[١] ، لأن وطء الشبهة يوجب المهر ابتداءً ، فذا أولى بالتقرير ، ويستقر بوطأة واحدة .

الطريق الثاني : موت أحد الزوجين[٢] ، والموت وإن أطلقوا أنه مقرر ، فيستثنى منه إذا قتل السيد أمته المزوجة ، فإنه يسقط مهرها على المذهب . ومنهم من ألحق بهذه الصورة غيرها كما ذكرناه في أول الباب الحادي عشر[٣] .

فصل : الخلوة لا تقرر المهر ، ولا تؤثر فيه على الجديد وهو الأظهر . وعلى هذا ، لو اتفقا على الخلوة وادعت الإصابة ، لم يترجح جانبها ، بل القول قوله بيمينه . وفي القديم ، الخلوة مؤثرة ، وفي أثرها قولان . أحدهما : أثرها تصديق المرأة إذا ادعت الإصابة ، ولا يتقرر المهر بمجردها ، سواء طال زمنها أم قصر . وأظهرهما : أنها كالوطء في تقرير المهر ووجوب العدة . وعلى هذا ، تثبت الرجعة

---

(١) والقول قول الزوج في الوطء بيمينه .

فإن قيل لا بد في الاستقرار مع الوطء من قبض العين لأن المشهور أن الصداق قبل القبض مضمون ضمان عقد كالمبيع .

فكما قالوا : إن المبيع قبل القبض غير مستقر وإن كان الثمن قد قبض ، فكذلك الصداق .

أجيب بأن المراد بلا استقرار هنا الأمن من سقوط كل المهر أو بعضه بالتشطير ، وفي البيع الأمن من الانفساخ ، والمبيع إذا تلف قبل القبض انفسخ البيع ، والصداق المعين إذا تلف قبل القبض لم يسقط المهر ، بل يجب بدل البضع وهو مهر المثل على ضمان العقد وبدل العين على ضمان اليد فافترق البابان .

(٢) قبل الوطء في النكاح الصحيح لإجماع الصحابة رضي الله عنهم ولأنه لا يبطل به النكاح بدليل التوارث ، وإنما هو نهاية له ، ونهاية العقد كاستيفاء المعقود عليه بدليل الاجارة .

(٣) خرج بالوطء والموت وغيرهما فلا يستقر فيما دون الفرج ، ولا باستدخال مني ، ولا بإزالة بكارة بغير آلة الجماع كما سيشير المصنف .

على الأصح . وهل يشترط على القديم في تقرر المهر بالخلوة أنْ لا يكون مانع شرعي كحيض وإحرام وصوم ؟ فيه وجهان . ويشترط أن لا يكون مانع حسي ، كرتق أو قرن فيها ، أو جب أو عنة فيه قطعاً . وإذا قلنا : مجرد الخلوة لا تقرر ، ففي الوطء فيما[1] دون الفرج وجهان ، كثبوت المصاهرة .

الباب الثاني
في الصداق الفاسد

لفساده ستة أسباب[2] .

[السبب][3] **الأول** : أن لا يكون المذكور مالاً ، بأن سميا خمراً ، وقد اندرج هذا في الحكم الأول من الباب الأول . ولو أصدقها شيئاً فخرج مغصوباً ، فهل يجب مهر المثل ، أم قيمة المغصوب ؟ قولان . أظهرهما الأول . ولو أصدقها عبدين ، فخرج أحدهما حراً أو مغصوباً ، بطل الصداق فيه . وفي آخر ، قولا تفريق الصفقة . فإن أبطلنا فيه أيضاً . فهل لها مهر المثل أم قيمتهما ؟ فيه القولان وإن صححنا ، فلها الخيار . فإن فسخت ، فعلى القولين ، وإن أجازت ، فقولان . أحدهما : تأخذ الباقي ولا شيء لها غيره ، وأظهرهما : تأخذ معه حصة المغصوب من مهر المثل إذا وزَّعناه على القيمتين على الأظهر ، وعلى الثاني : تأخذ قيمته .

فرع : أصدقها عبداً أو ثوباً غير موصوف ، فالتسمية فاسدة ، ويجب مهر المثل قطعاً . وإن وصف العبد والثوب ، وجب المسمى ، وحيث جرت تسمية فاسدة ، وجب مهر المثل بالغاً ما بلغ .

السبب الثاني : الشرط في النكاح ، إن لم يتعلق به غرض ، فهو لغو كما سبق في البيع ، وإن تعلق به لكن لا يخالف مقتضى النكاح بأن شرط أن ينفق عليها أو يقسم لها ، أو يتسرى ، أو يتزوج عليها إن شاء ، أو يسافر بها ، أو لا تخرج إلا

---

(١) في هامش « ط » في الأصل : وفيها ، وهو خطأ .

(٢) قال الشيخ البلقيني : بقي سبب سابع وهو أن تصدق المحجور عليها ما لا يبقى في ملكها كأبيها أو أمها ، وقال أيضاً : ومن جملة الأسباب أن يكون مجهولاً أو يكون ردّ لها عبدها الآبق أو جملها الشارد ، ومكانهما غير معروف . نص عليه في الأم .

(٣) سقط من « أ » والمثبت من « ط » .

بإذنه ، فهذا لا يؤثر في النكاح ولا في الصداق .

وإن شرط ما يخالف مقتضاه ، فهو ضربان .

أحدهما : ما لا يخل بالمقصود الأصلي من النكاح ، فيفسد الشرط ، سواء كان لها ، بأن شرط أن لا يتزوج عليها أو لا يتسرى ، أو لا يطلقها ، أو لا يسافر بها ، أو أن[1] تخرج متى شاءت ، أو يطلق ضرتها .

أو كان عليها ، بأن شرط أن لا يقسم لها ، أو يجمع بين ضراتها وبينها في مسكن ، أو لا ينفق عليها . ثم فساد الشرط لا يفسد النكاح على المشهور . وفي وجه أو قول حكاه الحناطي : يبطل النكاح . وأما الصداق ، فيفسد ، ويجب مهر المثل سواء زاد على المسمى أم نقص أم ساواه ، هذا هو المذهب . وعن ابن خيران : إن زاد والشرط لها ، فالواجب المسمى ، وكذا إن نقص والشرط عليها[2] ، ومنهم من جعل هذا قولاً مخرجاً . وحكى الحناطي وجهاً : أن الواجب في الشروط الفاسدة أقل الأمرين من المسمى ومهر المثل . ووجهاً : أن الشرط لا يؤثر في الصداق ، كما لا يؤثر في النكاح .

الضرب الثاني : ما يخل بمقصود النكاح كشرطه أن يطلقها ، أو لا يطأها ، وقد سبق الكلام في الصورتين في فصل التحليل . فإن صححنا النكاح ، أثر الشرط في الصداق كسائر الشروط الفاسدة .

فرع : نكحها على ألف إن لم يخرجها من البلد ، وعلى ألفين إن أخرجها ، وجب مهر المثل ، وذكر الحناطي أنه لو نكحها على أن لا يرثها أو لا ترثه ، أو لا يتوارثا ، أو على أن النفقة على غير الزوج ، بطل النكاح . وفي قول : يصح ويبطل الشرط[2] ، وأنه لو زوج أمته عبد غيره بشرط أن لا أولاد[3] بين السيدين ، صح

---

(١) في هامش « ط » في الأصل « وأن » .

(٢) قال الشيخ البلقيني قوله عن ابن خيران أن زاد إلى آخره وهم ، ففاعل زاد ضمير يعود على مهر المثل لأنه قال في مبدأ كلامه ويجب مهر المثل سواء زاد على المسمى أم نقص أم ساواه ، وإذا كان مهر المثل زائداً على المسمى والشرط لها فهي إنما سمحت بترك تمام مهر المثل ليحصل لها الشرط ولم يحصل فيجب حينئذ مهر المثل وكلام الرافعي في الشرح يقتضي ما قررته .

(٣) شرط نفي الارث ينبغي أن يكون محله في غير الذمية والأمة ، وإلا فلو تزوج كتابية أو أمة على أن لا =

النكاح وبطل الشرط[١] ، نص عليه في « الإملاء » . وفي قول : يبطل النكاح .

فصل : شرط الخيار في النكاح يبطل النكاح[٢] . ولو شرط الخيار في الصداق ، فهل يبطل النكاح ، أم يصح ويجب المسمى ، أم يصح النكاح ويفسد المسمى ويجب مهر المثل ؟ فيه ثلاثة أقوال . أظهرها : الثالث . وإذا صححنا الصداق ، ثبت الخيار على الأصح كما حكي عن نصه ، أنه لو أصدقها عيناً غائبة ، صح ولها خيار الرؤية . فعلى هذا ، إن أجازت فذاك ، وإن فسخت ، رجعت إلى مهر المثل . وإذا أثبتنا خيار الشرط ، ففي خيار المجلس وجهان نقلهما الشيخ أبو الفرج .

فصل : نقل المزني في « المختصر » أنه لو نكحها بألف على أن لابنها ألفاً ، فسد الصداق ، وأنه لو نكحها بألف على أن يعطي أباها ألفاً ، كان الصداق جائزاً . وللأصحاب طرق . المذهب منها فساد الصداق في الصورتين ، ووجوب مهر المثل فيهما[٣] . وعلى هذا ، منهم من غلَّط المزني في نقله في الصورة الثانية ، ومنهم من تأوله .

والطريق الثاني : فساد الصداق في الأولى دون الثانية عملاً بالنصين .

والثالث : طرد قولين فيهما . ونسب العراقيون الصحة إلى القديم . وقيل : إن

= يرثها فإن أراد ما دام المانع قائماً فالنكاح صحيح لأنه تصريح بمقتضى العقد ، وإن أراد مطلقاً ، فباطل لمخالفته لمقتضى النكاح ، وإن أطلق فيحتمل الصحة لأن الأصل دوام المانع ويحتمل البطلان تنزيلاً للمطلق على أن لا تفضيل . (قاله في الخادم) .

(١) في هامش « ط » في الأصل بشرط أن الأولاد .

(٢) لأن النكاح مبناه على اللزوم ، فشرط ما يخالف قضية يمنع الصحة ، فإن شرط ذلك على تقدير عيب مثبت للخيار .
قال الزركشي : ينبغي أن يصح لأنه تصريح بمقتضى العقد .
قال في مغني المحتاج : وهو مخالف لإطلاق كلام الأصحاب .

(٣) قال في المهمات عبارة الرافعي وعلى أن يعطيها بواو وذكر أنه الموجود في أكثر نسخ المختصر وعلل الصحة بأن المشروط الاعطاء معطوفاً على الألف الأولى فيشعر بأن الصداق ألفان والزوج نائب عنها في دفع أحد الألفين ، أو الأب نائب عنها في القبض فحذف من الروضة حرف العطف فغير صورة المسألة .

شرط الزوج ، فسد ، وإن شرطت ، فلا ، حكاه البغوي ، وإذا صححنا ، فالمهر في الصورتين ألفان .

السبب الثالث : تفريق الصفقة . فإذا أصدقها عبداً على أن ترد إليه مائة أو ألفاً[(١)][(٢)] ، وصورته أن يقول للولي : زوجني بنتك وملّكني كذا من مالها بولاية أو وكالة بهذا العبد ، فيجيبه إليه أو يقول الولي : زوجتك بنتي وملكتك كذا من مالها بهذا العبد ، فيقبل الزوج ، فهذا جمع بين عقدين مختلفي الحكم في صفقة ، فإن بعض العبد صداق وبعضه مبيع . وفي صحة البيع والصداق قولان . أظهرهما : الصحة . ويصح النكاح قطعاً إلا على القول[(٣)] الشاذ السابق أن النكاح يفسد بفساد الصداق . فإذا أبطلنا البيع والصداق ، فلها مهر المثل . وإذا صححناهما ، وزعنا العبد على مهر مثلها وعلى الثمن . فإذا كان مهر مثلها ألفاً والثمن ألفاً ، والعبد يساوي ألفين ، فنصفه مبيع ونصفه صداق . فإن طلقها قبل الدخول ، رجع إليه نصف الصداق وهو ربع العبد . وإن فسخ النكاح بعيب ونحوه ، رجع إليه جميع الصداق وهو نصف العبد . ولو تلف العبد قبل القبض ، استردت الألف ، ولها بدل الصداق وهو مهر المثل على الأظهر ، ونصف قيمة العبد على الثاني .

ولو وجد الزوج بالثمن الذي أخذه عيباً ورده ، استرد المبيع وهو نصف العبد ، ويبقى لها النصف الآخر . ولو وجدت العبد معيباً فردته ، استردت الثمن ، وترجع في الصداق إلى مهر المثل على الأظهر ، ونصف القيمة على الثاني . ولو أرادت أن ترد أحد النصفين وحده ، جاز على الأصح لتعدد العقد . والثاني : المنع لتضرر التبعيض . ولو قال : زوجتك بنتي أو جاريتي ، وبعتك عبدها أو عبدي بكذا ، ففي صحة البيع والصداق قولان ذكرناهما في تفريق الصفقة[(٤)] . فإن صححناهما ، وزع

---

(١) في « ط » ألفان .

(٢) ولو تلف العبد قبل القبض استردت الألف ولها بدل الصداق وهو نهي المثل في الأظهر ، قال الشيخ البلقيني قوله ولها بدل الصداق وهم فالواجب هنا بدل البضع لا بدل الصداق .

(٣) في هامش « ط » في الأصل : قول .

(٤) قال الشيخ البلقيني الأول للأول والثاني للثاني . فالصورة الأولى زوجتك بنتي وبعتك عبدها ، والصورة الأخرى زوجتك جاريتي وبعتك عبدي ، فأما لو قال زوجتك بنتي وبعتك عبدي بكذا ، فهذه من صور بيع عبدين لرجلين لكل منهما عبد يبيعانهما بثمن واحد ، والمذهب فيهما البطلان .

العوض المذكور على مهر المثل وقيمة العبد ، فما خص مهر المثل فهو صداق . وإذا وجد الزوج بالعبد عيباً ، استرد الثمن وليس للمرأة رد الباقي والرجوع إلى مهر المثل ، لأن المسمى صحيح . وإن رد العبد بعيب ، أو فسخ[١] النكاح قبل الدخول بعيب ، رجع إليه جميع العوض المذكور .

وإن خرج العوض المعين مستحقاً ، رد العبد ورجعت للصداق إلى مهر المثل على الأظهر . وعلى الثاني : إلى حصة الصداق منه .

فرع : لبنته مائة درهم ، فقال لرجل[٢] : زوجتك بنتي وملكتك هذه الدراهم بهاتين المائتين لك ، فالبيع والصداق باطلان ، نص عليه في « الأم » لأنه ربا ، فإنه مسألة مد عجوة . فلو كان من أحد الطرفين دنانير ، كان جمعاً بين صداق وصرف ، وفيه القولان .

فصل : جمع نسوة في عقد بصداق واحد ، وهذا يتصور عند اتحاد الولي ، بأن يكون له بنات بنين ، أو إخوة ، أو أعمام ، أو معتقات . ويتصور مع تعدد الولي ، بأن وكل أولياء نسوة رجلاً ، فالنكاح صحيح . وفي الصداق طريقان . أحدهما : القطع بفساده . وأصحهما : على قولين . أظهرهما : فساده . ويجري الطريقان فيما لو خالع نسوة على عوض واحد ، هل يفسد العوض ؟ وأما البينونة ، فتحصل قطعاً .

ونص الشافعي رضي الله عنه ، أنه لو اشترى عبيداً لملاك صفقة من المالكين ، أو وكيلهم ، بطل البيع . ولو كانت عبيداً بعوض واحد ، صحت الكتابة . واختلفوا في البيع والكتابة ، الذين قالوا في النكاح والخلع قولان ، على أربع طرق . أحدها : طرد القولين فيهما . والثاني : يفسد البيع . وفي الكتابة قولان . والثالث : تصح الكتابة . وفي البيع قولان . والرابع : تصح الكتابة ويفسد البيع وإن أفردت .

قلت : في البيع طريقان . أصحهما : طرد القولين ، والثاني : القطع بالفساد ، وبه قال الأصطخري . وفي الكتابة ، طريقان . أصحهما : قولان .

---

(١) في هامش « ط » في الأصل : وفسخ .

(٢) في هامش « ط » في الأصل : فقال الرجل .

والثاني : القطع بالصحة . وإذا قلنا بصحة الصداق المسمى ، وزع المسمى على نسبة مهور أمثالهن على المذهب . وفي وجه أو قول ضعيف : يوزع المسمى على عدد رؤوسهن . وإذا قلنا بفساد الصداق ، ففيم يجب لهن قولان كما لو أصدقها خمراً . أظهرهما : يجب لكل واحدة منهن مهر مثلها . والثاني : يوزع المسمى على مهور أمثالهن ، ولكل واحدة ما يقتضيه التوزيع ، ويكون الحاصل لهن على هذا القول كالمسمى إذا قلنا بصحته(١) . ولو زوج أمتيه بعبد على صداق واحد ، صح الصداق ، لأن المستحق واحد كبيع عبدين بثمن . ولو كان له أربع بنات ، ولآخر أربع بنين، فزوجهن بهم صفقة بمهر واحد بأن قال: زوجت بنتي فلانة ابنك فلاناً، وفلانة فلاناً بألف ، ففيه طريقان حكاهما المتولي . أحدهما : في صحة الصداق القولان . والثاني : القطع ببطلانه لتعدد المعقود له من الجانبين .

السبب الرابع : أن يتضمن إثبات الصداق رفعه .

نقدِّمُ عليه أن الأب إذا زوج ابنه الصغير أو المجنون ، فإما أن يصدق من مال

(١) قال في المهمات : هذا القول الثاني لا يصح تفريعه على قول الفساد ، وإنما هو تفريع قول الصحة ، وقد ذكره الامام والغزالي في البسيط على الصواب ، وعبارة البسيط أن قضيتنا بصحة الصداق ، فالتوزيع على مهور أمثالهن وإن فرعنا على فساد الصداق فالرجوع لكل واحدة إلى مهر مثلها وهذا ظاهر على القول بأن المهر يضمن قبل القبض ضمان العقود ، فأما على القول بأنه يضمن ضمان يد فإنا نقدر الحر عبداً والخمر عصيراً إذا جعلا صداقين ، ويرجع إلى قيمتهما وهذا كمجهول يمكن تقويمه بالتوزيع وليس كمجهول لا يتوصل إلى تقويمه ، فعلى هذا القول أي ضمان اليد ، كان يتجه القطع بصحة الصداق وتخصيص القولين بالقول الآخر وهو ضمان العقد ، لكن قطع الأصحاب بطرد القولين مطلقاً ، فليكن هذا إشكالاً لا تصحيحاً لضمان العقد ، هذا كلام البسيط ، لكن وقع الخلل في التفريع في الوسيط والوجيز فتبعهما المصنفان وهو غلط .

قال في التوسط بعد نقل كلام المهمات وتغليطه : قد مانع رحمه الله في التغليط والتبجح بما لا طائل تحته ، وعلى ما في الوسيط جرى ابن الرفعة وغيره ، والحاصل كما أورده المتولي وغيره أنا إذا قلنا بالفساد ، ففيهما يجب لكل واحدة قولان أظهرهما مهر مثلها . والثاني أن المسمى يوقع على مهره وأمثالهن ولكل واحدة منهن ما يقضيه التوزيع من مثله إن كان مثلياً أو قيمته إن كان متقوماً كما لو خرج مستحقاً ، فالحاصل لهن على هذا القول كالحاصل لهن على القول بصحة المسمى لأن هذا وإن كان مجهولاً فمعرفته ممكنة بخلاف ما لو أصدقها مجهولاً لا يمكن معرفته حيث يرجع إلى مهر المثل قولاً واحداً ولا مانع من اتحاد تفريع أحد القولين معها لقول الآخر لمعنى اقتضاه . انتهى .

وكان صاحب الخادم لم ير كلام التوسط فتبع المهمات في التغليط وقد حرر الأذرعي المسألة نقلاً وحجاجاً . (قاله البكري) .

الابن ، وإما من مال نفسه . فإن أصدق من مال الابن ، فالكلام في أنه هل يصير ضامناً للصداق إذا كان ديناً ؟ وهل يرجع إذا غرم على ما سبق في الطرف السادس من باب بيان الأولياء ؟ فإن تطوع وأدّاه من مال نفسه ثم بلغ الابن وطلقها قبل الدخول ، فهل يرجع النصف إلى الأب أم إلى الابن ؟ فيه طريقان . أحدهما وبه قال الداركي : إنه على الوجهين فيما لو تبرع أجنبي على الزوج بأداء الصداق ثم طلق قبل الدخول ، هل يعود النصف إلى الزوج لأن الطلاق منه ، أم إلى الأجنبي المتبرع ؟ والطريق الثاني وهو المذهب وبه قطع الجمهور : أنه يعود إلى الابن ، وفرقوا بينه وبين الأجنبي ، بأن الأب يتمكن من تمليك الابن فيكون موجباً قابلاً قابضاً مقبضاً ، فإذا حصل الملك ، ثم صار للمرأة عاد إليه بالطلاق ، والأجنبي بخلافه . فإن كان الابن بالغاً[1] ، وأدى الأب عنه ، فكالأجنبي .

والأصح في صورة الأجنبي ، عود النصف إلى الأجنبي ، قاله الإمام . فإذا قلنا : يعود إلى الابن الذي طلق ، فإن كان ما أخذه بالطلاق بدل ما أخذته ، فلا رجوع للأب ، وإن كان عين المأخوذ ، فقيل : لا رجوع قطعاً . وقيل : على الوجهين فيمن وهب لابنه عيناً فزال ملكه عنها ثم عاد ، والمذهب المنع . فإن كان الابن بالغاً ، فقيل : كالصغير . وقيل بالمنع قطعاً ، لأنه ليس للأب تمليكه ، فالأداء عنه محض إسقاط . أما إذا أصدقها الأب من مال نفسه ، فيجوز ويكون تبرعاً منه على الابن[2] . قال البغوي : سواء كان عيناً أو ديناً . ثم لو بلغ الصبي وطلقها قبل

---

(١) أي رشيد كما قيده في الخادم ، فقيل كالصغير ، وقيل بالمنع قطعاً لم يرجح الشيخ شيئاً .
قال في الخادم : والراجح القطع بمنع الرجوع لأنه إن لم يقرر دخوله في ملكه فلا هبة ولا رجوع ، وإن قدرنا فإنما ذاك لقبض المديون وهو أجنبي من الأب ، فلم يثبت له الرجوع ، وقد قال الماوردي فلا رجوع له وجهاً واحداً .

(٢) قال الشيخ البلقيني : لو كان في ذمة الأب ثم بلغ الابن وطلق قبل الدخول وقبل نقد الصداق ، فإن الزوجة تستحق على الأب النصف ، والذي يقتضيه الفقه ان الأب يستحق على أبيه النصف الباقي ، وقد صرح الماوردي ننظر ذلك في التفريع على القديم وهذا من الدقائق اللطيفة ومقتضاه أنه لو فسخت بعيبه لم يسقط الصداق عن الأب ، بل يكون جميعه مستحقاً للابن وقد صرح البغوي والخوادزي في مسألة الفسخ بأن الكل للولد ، لكن في كلامهما ما يشعر بـ ذلك بعد الدفع وليس بشرط لما تقرر وأثبت الماوردي في الحاوي وجهين على قولنا يكون محتملاً بناءهما على أنه لو كان المصدق عيناً ، هل للوالد ان يرحع فيها فإن قلنا لا يرجع ، كان للولد مطالبة بالنصف

الدخول ، عاد الخلاف فيمن يرجع إليه النصف . فإن قلنا بالمذهب وهو العود إلى الابن ، فإن كان أصدقها عيناً وبقيت بحالها فرجع النصف إليه ، فهل للأب الرجوع ؟ فيه الخلاف المذكور فيما إذا زال ملك الابن عن الموهوب ثم عاد . وإن أصدقها ديناً ، قال البغوي : فلا رجوع فيما حصل ، كما لو اشترى لابنه الصغير شيئاً في الذمة ثم أدّاه من ماله ثم وجد الابن بالمبيع عيباً فرده ، يسترد الثمن ولا يرجع الأب فيه ، بخلاف ما لو خرج المبيع مستحقاً بعود الثمن إلى الأب ، لأنه بان أنه لم يصح الاداء . ولو ارتدت المرأة قبل الدخول ، فالقول فيمن يعود إليه كل الصداق وفي رجوع الأب فيه إذا عاد إلى الابن ، كالقول في النصف عند الطلاق .

إذا عرفت هذه المقدمة ، فمن مفسدات الصداق أن يلزم من إثباته رفعه ، وذلك إما أن يكون بتوسط تأثيره في رفع النكاح ، وإما بغير هذا التوسط ، مثال القسم الأول ، أذن لعبده أن ينكح حرة ويجعل رقبته صداقاً لها ففعل ، لا يصح الصداق ، لأنه لو صح لملكت زوجها وانفسخ النكاح ، وارتفع الصداق ، ولا يصح أيضاً النكاح لأنه قارنه ما يضاده ، وفي صحته احتمال لبعض الأئمة .

قلت : هذا الاحتمال ، ذكره الإمام والغزالي قالا : ولكن لا صائر إليه من الأصحاب ، وقد جزم به صاحب « الشامل » ذكره في آخر « باب الشغار » ، ولكن

= وإن قلنا للوالد أن يرجع فليس للولد مطالبته بالنصف ، والصحيح أنه ليس للوالد الرجوع ، فالصحيح أن للولد المطالبة وعلم في ذلك أن محل هذا الخلاف في حياة الولد ، فأما لو مات فلا يأتي الخلاف ، بل يكون للولد وجهاً واحداً ، نعم يجيء فيه وجه ضعيف أن العود يكون للوالد في الأصل ، والمذهب خلافه . وحكى الماوردي طريقة غريبة فيما إذا كان الصداق عيناً ولم يقبضها الزوجة ثم طلق الولد أن الشطر يعود للوالد والمذهب عودة الولد مطلقاً إذا كان صغيراً والله أعلم .

وأخذ في الخادم كلام شيخه البلقيني ولم يعزه له قال : ومن تطاير المسألة ما لو تبرع أجنبي بوفاء ثمن مبيع ثم رد المشتري المبيع بعيب ، هل يرد الثمن على المتبرع لأنه في الواقع أو على المشتري فيه وجهان :

قال في الروضة : هناك وبالثاني قطع الجرجاني في المعاياة .

ومنها : لو أدى العبد المهر من كسبه ثم أعتق وطلقها قبل الدخول ، ففي التتمة أن يعود الشطر إلى ملك الزوج لا السيد لأنه عاد إليه بالطلاق ، والطلاق وقع وهو من أهل الملك ، ولو كان يعود إليه بطريق الفسخ لعاد إلى ملك السيد لأن الصداق كان ملكاً له ، قال ابن أبي الدم : ويحتمل خلافه لأن الزوجة لم يستقر ملكها على الصداق لتزان له والطلاق بين أنها لا يملك إلا شطره وأنه لم يزل ملك السيد .

قال الزركشي وحكاه الرافعي وجهاً فيما بعد .

الذي عليه الجمهور ، الجزم ببطلان النكاح . والله أعلم .

ولو أذن له في نكاح أمة ، ويجعل رقبته صداقها ، ففعل ، صح النكاح والصداق ، لأن المهر للسيد لا لها . فلو طلقها قبل الدخول ، بني على ما إذا باع السيد عبده بعدما نكح بإذنه ثم طلق العبد المنكوحة بعد أداء المهر وقبل الدخول ، إلى من يعود النصف ؟ وفيه أوجه . أصحها : إلى المشتري ، سواء أدّاه البائع من مال نفسه أو من كسب العبد ، قبل البيع أو بعده ، لأن الملك في النصف إنما حصل بالطلاق ، والطلاق في ملك المشتري ، فأشبه سائر الاكساب. والثاني : يعود إلى البائع بكل حال . والثالث : إن أداه البائع من عنده أو أدى من كسب العبد قبل البيع ، عاد إلى البائع ، وإن أدى من كسبه بعد البيع ، عاد إلى المشتري ، ولو فسخ أحدهما النكاح بعيب ، أو ارتدت ، أو عتقت وفسخت ، جرت الأوجه في أن كل الصداق إلى من يعود ؟ ولو أعتق العبد ثم طلق قبل الدخول ، أو حدث شيء من الأسباب المذكورة ، فحيث نقول بالعود إلى البائع ، يعود هنا إلى المعتق ، وحيث جعلناه للمشتري ، يكون هنا للعتيق . فإن قلنا بالأصح وهو العود إلى المشتري ، ففي المسألة التي كنا فيها تبقى رقبة العبد كلها لمالك الأمة . وإن قلنا بالعود إلى البائع ، فكذا هنا يعود النصف إلى السيد المصدق في صورة الطلاق ولو ارتدت أو فسخت بعيب ، عاد الكل إليه .

ولو أعتق مالك الأمة العبد ثم طلقها قبل الدخول ، أو فسخت أو ارتدت ، فعلى المعتق نصف قيمة العبد في صورة الطلاق ، وجميعها في الفسخ والردة ، ويكون ذلك للزوج العتيق على الأصح ، ولسيده الأول على الوجه الآخر . ولو قبل نكاح أمة لعبده الرضيع على قولنا : يجوز إجبار العبد الصغير على النكاح وجعله صداقها ، فأرضعت الأمة زوجها وانفسخ النكاح ، فالعبد يبقى لمالك الأمة على الأصح . وعلى الوجه الآخر : يعود إلى سيده الأول . ولو ارتضع الصغير بنفسه ، فهو كالطلاق قبل الدخول .

ولو باع مالك الأمة العبد ثم طلق العبد قبل الدخول ، أو حصلت ردة ، أو فسخت ، فعلى الوجه المقابل للأصح : يجب عليه لسيد العبد الأول نصف قيمة العبد في صورة الطلاق ، وجميع قيمته في سائر الصور . وأما على الوجه الأصح ،

فقد أطلق في « التهذيب » أنه لا شيء عليه . وقال الشيخ أبو علي : يرجع مشتري العبد عليه بنصف القيمة أو بجميعها ، لأن الصداق على هذا الوجه يكون أبداً لمن له العبد يوم الطلاق أو الفسخ ، وهذا هو الصواب ، وليتأول ما في « التهذيب » على أنه لا شيء عليه للسيد الأول ، ولو باع الأمة ثم طلق ، أو فسخت ، فعلى الأصح يبقى العبد له ولا شيء عليه ، وعلى الآخر يعود نصفه أو كله إلى السيد الأول .

مثال القسم الثاني : كانت أم ابنه الصغير في ملكه ، بأن استولد أمة غيره بنكاح ، ثم ملكها هي وولدها ، فيعتق عليه الولد دونها . فلو قبل لابنه نكاح امرأة وأصدقها أمة ، لم يصح الصداق ، لأن ما يجعله صداقاً يدخل في ملك الابن أولاً ، ثم ينتقل إلى المرأة ، ولو دخلت في ملكه ، لعتقت عليه وامتنع انتقالها إلى الزوجة ، فيصحَ النكاح ويفسد الصداق ، ويجيء الخلاف في أن الواجب مهر المثل أم قيمتها ؟ هذا ما ذكره الأصحاب . وقد ذكرنا خلافاً فيما إذا أصدق الأب من ماله عن الصغير ، ثم بلغ وطلق قبل الدخول ، لأن النصف يرجع إلى الأب أو إلى الابن . فمن قال : إلى الأب ، فقد ينازع في قولهم : لا يدخل في ملكها حتى يدخل في ملك الابن .

السبب الخامس : تفريط الولي في قدر المهر . فإذا قبل لابنه الصغير أو المجنون نكاحاً[١] بمهر المثل أو دونه ، أو بعين من أمواله بقدر مهر المثل أو دونه ، صح . وإن قبله بأكثر من مهر المثل ، فالصداق فاسد . وكذا لو زوج بنته المجنونة أو البكر ، أو الصغيرة[٢] أو الكبيرة بغير إذنها بأقل من مهر المثل ، فسد الصداق . وفي النكاح في المسألتين قولان . أظهرهما : صحته كسائر الأسباب المفسدة ، ويجب مهر المثل . وفيما إذا أصدقها عيناً وجه أنه تصح التسمية في قدر مهر المثل . والقول الثاني : لا يصح النكاح ، لأنه ترك مصلحة المولى عليه ، فصار كترك الكفاءة . ولو أصدق عن ابنه أكثر من مهر المثل من مال نفسه ، ففيه احتمالان للإمام . أحدهما : يفسد المسمى ، لأنه يتضمن دخوله في ملك الابن ، ثم يكون متبرعاً بالزيادة . والثاني : يصح وتستحق المرأة المسمى ، لأنه لا ضرر على الابن ، بل إذا لم

---

(١) في هامش « ط » في الأصل نكاحها .

(٢) في هامش « ط » في الأصل والصغيرة .

نصححه أضررنا به ، فإنه يلزم مهر المثل في ماله ، وبهذا الثاني قطع الغزالي والبغوي ، ورجح المتولي والسرخسي في « الأمالي » الاحتمال الأول[١] ، ويتأيد بأنه لو لزم الصبي كفارة قتل فأعتق الولي عنه عبداً لنفسه ، لم يجز لأنه يتضمن دخوله في ملكه وإعتاقه عنه ، وإعتاق عبد الطفل لا يجوز[٢] .

فصل : إذا اتفقوا على مهر في السر[٣] وأعلنوا بأكثر من ذلك ، فعن الشافعي رضي الله عنه أنه قال في موضع : المهر مهرُ السرّ ، وفي موضع : العلانية .

---

(١) قال الشيخ البلقيني : هذان الاحتمالان وجهان مذكوران في كتب المذهب قيل إن الإمام قال في التتمة المذهب أن التسمية فاسدة ووجه بمسألة العتق ، ثم قال وفيه وجه آخر أن التسمية صحيحة لأن المرادة يعني المقصودة في التمليك والملك للطفل يحصل تبعاً لا مقصوداً ، انتهى .
ومراد الشيخ بما نقله عن التتمة أن الاحتمالين وجهان مشهوران فلا يحسن اعتراض الشيخ ولي الدين على شيخه بأن الشيخ المصنف تبعاً لأصله حكى كلام المتولي فلا حاجة لاستدراكه .
قال في الخادم : ولم يرجح شيئاً منهما وكلامه مائل إلى ترجيح الأول وهو في ذلك متابع لما قاله الامام والراجح ما قطع به البغوي فقد قطع به الماوردي في باب الاختلاف في المهر ، وكذلك صاحب الذخائر والترغيب ، وقال العماد بن يونس في شرح التعجيز أنه الأصح لأنه يدخل في ملك الابن تبعاً لا مقصوداً .
وقال ابن أبي الدم : انه الأظهر . انتهى ما أردته منه .

(٢) قال الشيخ البلقيني : هذا التأييد ليس بمسلم فإن للولي أن يعتق عبد الطفل في كفارة القتل ، وصرح هناك أيضاً بأنه إذا أعتق الولي عبد نفسه عن كفارة قتل الصبي ، جاز إن كان أباً أو جداً ، وإن كان وصياً لم يجز حتى يملكه له القاضي أو نائبه ، ثم بعد ذلك يعتقه . انتهى .
وقال في الخادم بعد ذكره ما ذكره شيخه البلقيني ونقله عن المهمات أن المتولي إنما منع عتق التبرع وقد صرح الرافعي في باب كفارة القتل بأن الولي إذا أعتق عنه من مال الصبي صح .
وذكر في كتاب الحج فيما إذا وجبت الفدية على الصبي أنه ليس للولي أن يكفر عنه بالمال لأنه غير متعين على القول بجواز افتدائه بالصوم وعلى دفع الاضطراب يحمل الوجوب على ما إذا كانت الكفارة على العود والمنع على ما إذا كانت على التراخي وشاهده أنه ليس للولي أداء دين الطفل حتى يطالبه المستحق ، صرح به الماوردي في باب الوصايا ، وقال ابن الرفعة ما حاصله أن الكفارة إن كانت على التراخي يمنع الولي من الكفارة بالعتق . قال وهذا الخلاف قد يجري في المجنون وقد يقطع بالجواز إن كان جنونه مطبقاً لأنه مما لا غاية له تنتظر بخلاف الصبي ، والأشبه أنه إن كان القتل في صورة الخطأ ، فليس له الاخراج حالاً لعدم الفورية ، وإن كان عمداً ، وقلنا ان عمده كالخطأ ، فكذلك وإن قلنا انه كالعمد فيخرج على الخلاف في أنه هل يجب على المجنون أم لا .
وقد ذكر الرافعي في باب كفارة الظهار عن القفال أنه قال أعتق عبدك عن أبي الصغير جاز . وسيأتي الكلام عليه في موضعه إن شاء الله تعالى .

(٣) وهو لغة ما اطلع عليه شخص واحد .

وللأصحاب طريقان . أحدهما : إثبات قولين . وفي موضعهما وجهان . أحدهما : موضعهما إذا اتفقوا على ألف ، واصطلحوا على أن يعبروا عن الألف في العلانية بألفين . أظهر القولين وجوب ألفين بجريان اللفظ الصريح بهما . والثاني : الواجب ألف عملاً باصطلاحهما . والوجه الثاني : إثبات قولين مهما اتفقوا على ألف وجرى العقد بألفين وإن لم يتعرضوا للتعبير عن ألف بألفين اكتفاءً بقصدهم . قال الإمام : وعلى هذه القاعدة تجري الأحكام المتلقاة من الألفاظ . فلو قال الزوج لزوجته : إذا قلتُ : أنت طالق ثلاثاً ، لم أرد به الطلاق ، وإنما غرضي أن تقومي وتقعدي ، وأريد بالثلاث واحدة ، فالمذهب أنه لا عبرة بذلك . وفي وجه : الاعتبار بما تواضعا عليه .

ثم ما المعنى بما أطلقناه في الوجهين من الاتفاق في السر ، أهو مجرد التراضي والتواعد ؟ أم المراد ما إذا جرى العقد بألف في السر ثم عقدوا بألفين في العلانية ؟ منهم من يشعر كلامه بالأول ، ومقتضى كلام البغوي وغيره إثبات القولين وإن جرى العقدان . قال البغوي : وخرَّج بعضهم من[1] هذا ، أن المصطلح عليه قبل العقد كالمشروط في العقد ، وقد سبق بيان هذا التخريج . والطريق الثاني وهو المذهب : تنزيل النصين على حالين ، فحيث قال : المهر مهر السر ، أراد إذا عقد في السر بألف ، ثم أتوا بلفظ العقد في العلانية بألفين تحملاً وهم متفقون على بقاء العقد الأول . وحيث قال : المهر مهر العلانية ، أراد إذا تواعدوا أن يكون المهر ألفاً ، ولم يعقد في السر ثم عقدوا في العلانية ، فالمهر مهر العلانية لأنه العقد .

ونقل الحناطي وغيره في المسألة نصاً ثالثاً ، وهو أنه يجب مهر المثل ويفسد المسمى ، وحملوه على ما إذا جرى العقد بألفين على أن يكتفى بألف ، أو على أن لا يلزمه إلا أداء ألف . والمعتبر في المسألة توافق الولي والزوج ، وقد يحتاج إلى مساعدة المرأة .

السبب السادس : مخالفة الآمر لا يشترط في إذن المرأة حيث يعتبر إذنها تقدير المهر ، ولا ذكره . لكن لو قدرت فقالت : زوجني بألف مثلاً ، فزوجها الولي أو

---

(١) في هامش « ط » في الأصل : عن .

وكيله بخمسمائة ، لم يصح النكاح[١] ، وألحق البغوي بهذه الصورة ما إذا زوجها الولي بلا مهر أو مطلقاً . وقيل : في صحة النكاح في صورة الولي قولان . ولو قالت لوكيل الولي : زوجني ولم تتعرض للمهر ، فزوجها بدون مهر المثل ، فسد النكاح على المذهب . وقيل : قولان . أحدهما : يفسد . والثاني : يصح بمهر المثل . وذكر البغوي هذين الطريقين فيما لو وكل الولي بالتزويج مطلقاً ، فزوج الوكيل ونقص عن مهر المثل . وإذا قلنا : لا يصح نكاح الوكيل إذا نقص عن مهر المثل فلو أطلق التزويج ولم يتعرض للمهر ، ففيه احتمالان للإمام . أحدهما : لا يصح النكاح أيضاً ، لأن الإطلاق يقتضي ذكر المهر عرفاً . وأصحهما : يصح مهر المثل لأن فعله مطابق للإذن . ولو أذنت للولي في التزويج مطلقاً ، فزوج بدون مهر المثل أو بلا مهر ، فهل يبطل النكاح أم يصح بمهر المثل ؟ فيه القولان السابقان في السبب الخامس . أظهرهما : الصحة . وقيل : يفسد قطعاً كالوكيل . ولو قالت للولي أو للوكيل : زوجني بما شاء الخاطب ، فقال المأذون له للخاطب : زوجتكها بما شئت ، فإن لم يعرف ما شاء الخاطب ، فقد زوجها بمجهول ، فيصح النكاح بمهر المثل . وإن عرف ، فوجهان . أصحهما : صحة المسمى لعلمها به . والثاني : يصح النكاح بمهر المثل ، وبه قال القاضي حسين لإبهام اللفظ .

قلت : هذا المذكور في هذا السبب ، هو طريقة الخراسانيين . وأما العراقيون فقطعوا بصحة النكاح في كل هذه المسائل . قال صاحب « البيان » : إذا أذنت في التزويج ، فزوجها وليها بلا مهر ، أو بدون مهر المثل ، أو بدون ما أذنت فيه ، أو بغير جنسه ، أو زوج الأب البكر الصغيرة أو الكبيرة بلا مهر أو بأقل من مهر مثلها ، أو وكل بعلاً فزوجها بلا مهر ، أو بأقل من مهر مثلها ، فقال أصحابنا البغداديون : يصح النكاح في كل الصور بمهر المثل . وحكى الخراسانيون قولين في صحة النكاح في جميع ذلك[٢] . والله أعلم .

---

(١) للمخالفة وفي قول من الطريق الثاني ، يصح بمهر المثل .

(٢) قال في المهمات : كلامه يشعر بترجيح الصحة ليقدم نقل العراقيين على نقل الخراسانيين مع قطعهم وتردد أولئك ، لكن تقدم في الباب الرابع في بيان الأولياء القطع بالبطلان في نظير ذلك .
قال في التوسط : عجب قوله أن كلامه يشعر بالصحة في الجميع إلى آخره لأنه رحمه الله تعالى مصرح بذلك ، واعترض الشيخ البلقيني على الشيخ المصنف في نقله عن البيان عن الخراسانيين قولين ، =

فرع : قال الولي للوكيل : زوجها من شاءت[1] بكم شاءت ، فزوجها برضاها بغير كفء بدون مهر المثل ، صح . ولو قال : زوجها بألف فزوجها بخمسمائة برضاها ، قال المتولي : الصحيح صحة النكاح ، لأن المهر حقها . وقيل : لا يصح لأنه باشر غير ما وكل فيه .

فرع : جاء رجل وقال : أنا وكيل فلان في قبول نكاح فلانة بكذا ، فصدقه الولي والمرأة ، وجرى النكاح ، وضمن الوكيل الصداق[2] ، ثم إن فلاناً أنكره وصدقناه باليمين ، فهل يطالب الوكيل بشيء من الصداق ؟ وجهان . أحدهما : لا ، لأن مطالبة الأصل سقطت والضامن فرعه . وأصحهما وهو محكي عن نصه في « الإملاء » : أنه يطالب بنصف الصداق ، لأن المال ثابت عليهما بزعمه ، فصار كما لو قال : لزيد على عمرو ألف وأنا ضامنه ، فأنكر عمرو ، يجوز لزيد مطالبة الضامن .

فرع : في « فتاوى البغوي » أنه إذا قال الولي للوكيل : لا تزوجها إلا بشرط أن ترهن بالصداق فلاناً ، أو يتكفله فلان ، صح وعلى الوكيل الاشتراط . فإن أهمله ، لم يصح النكاح . ولو قال : زوجها بكذا وخذ به كفيلاً ، فزوجها بلا شرط ، صح النكاح لأنه أمره بأمرين امتثل أحدهما . وإن قال : لا تزوجها إذا لم يتكفل فلان ، ينبغي أن لا يصح التوكيل ، لأن الكفالة تتأخر عن النكاح ، وقد منع العقد إلا بها ، وأنه إذا قال للوكيل : زوجها بألف وجارية ولم يصف الجارية ، فزوجها الوكيل بألف ، لم يصح[3] . ولو قال : زوجها بخمر[4] أو خنزير أو مجهول ، فزوجها بألف درهم ، فإن كان ذلك نقد البلد وقدر مهر المثل ، أو أكثر ، صح النكاح والمسمى ،

= فقال إن صاحب البيان لم يجد ذلك عن الخراسانيين بل حكاه المسعودي ومراده صاحب الابانة والنقل عن واحد لا يقتضي أن يكون نقل عن الخراسانيين كلهم .
قال في البيان : والطريق الأول أصح .

(١) في هامش « ط » في الأصل : شاء .
(٢) قال الشيخ البلقيني قوله وضمن الوكيل الصداق يعني بصريح الضمان ويفهمك أن النكاح المجرد لا يقتضي تعلق عهدة في الصداق على الوكيل .
(٣) قال في القوت : هذا على طريق المراوزة وعلى طريقة العراقيين يصح النكاح .
(٤) في هامش « ط » في الأصل لخمر .

وإلا ، فلا[١] .

الباب الثالث
في التفويض وحكم المفوضة

التفويض : أن تجعل الأمر إلى غيره . ويقال : إنه الاهمال . ومنه قوله[٢] :

لا يصلح الناس فوضى[٣] . . . وسميت المرأة مفوِّضة لتفويضها أمرهـا إلى الزوج أو الولي بلا مهر ، أو لأنها أهملت المهر . ومفوَّضة ، بفتح الواو ، لأن الولي فوض أمرها إلى الزوج . وفي الباب طرفان .

أحدهما : في صورة التفويض .

والثاني : في حكمه .

أما الأول : فالتفويض ضربان . تفويض مهر ، وتفويض بضع .

فتفويض المهر أن تقول لوليها : زوجني على أن المهر ما شئتَ أو ما شئتُ أنا ، أو ما شاء الخاطب ، أو فلان ، فإن زوجها على ما ذكرت من الإبهام ، فحكمه ما سبق في آخر الباب السابق . وإن زوجها بما عين المذكور مشيئته ، صح المسمى وإن كان دون مهر المثل . وإن زوجها بلا مهر ، فهل يبطل النكاح ، أم يصح بمهر المثل ؟ فيه الخلاف السابق في آخر الباب السابق فيما إذا أطلقت الإذن وزوج الولي بدون مهر المثل ، وليس النكاح في هذه الصور خالياً عن المهر ، وليس هذا التفويض بالتفويض الذي عقدنا له الباب .

وأما تفويض البضع ، فالمراد به : إخلاء النكاح عن المهر ، وإنما يعتبر إذا صدر من مستحق المهر بأن تقول البالغة الرشيدة ، ثيباً كانت أو بكراً : زوجني بلا مهر

---

(١) قال الشيخ البلقيني : يخالفه ما صححه في الوكالة من أنه إذا وكله في الصلح عن الدم على خمر فصالح على الدية أنه لا يصح . وقد كتبت هناك شيئاً عن المزني في الخلع وصورة الكتابة .
وقال الأذرعي في القوت : هذا على طريق المراوزة وعلى طريقة العراقيين يصح النكاح في التفويض وحكم المفاوضة .

(٢) في هامش « ط » في الأصل : قولهم .

(٣) وهو جزء من بيت شعر وهو :
لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم ولا سراة إذا جهالهم سادوا

أو على أن لا مهر ، فيزوجها الولي وينفي المهر ، أو يسكت عنه . ولو قالت : زوجني وسكتت عن المهر ، فالذي ذكره الإمام وغيره ، أن هذا ليس بتفويض ، لأن النكاح يعقد غالباً بمهر ، فيحمل الإذن على العادة ، فكأنها قالت : زوجني بمهر ، ويوافق هذا ما سبق . وفي بعض كتب العراقيين ما يقتضي كونه تفويضاً[١] ومن التفويض الصحيح أن يقول سيد الأمة : زوجتها بلا مهر ، أو زوجها ساكتاً عن المهر[٢] .

ولو أذنت الحرة لوليها في التزويج ، على أن لا مهر لها في الحال ولا عند الدخول ولا غيره ، وزوجها الولي كذلك ، فوجهان . أحدهما : بطلان النكاح . وأصحهما : صحته . وعلى هذا ، هل هو تفويض فاسد فيجب مهر المثل ، أم يلغى النفي في المستقبل ويكون تفويضاً صحيحاً ؟ وجهان ، وبالأول قال أبو إسحاق ، لأنه شرط فاسد ، والشرط الفاسد في النكاح يوجب مهر المثل[٣] . ولو زوجها الولي ونفى المهر من غير أن ترضى هي بمهر المثل ، فهو كما لو نقص عن مهر المثل[٤] . فإن

---

(١) قال في المهمات : رجح في الشرح الصغير الأول وهو مقتضى كلام المحرر والصواب المفتى به الثاني ، فقد نص عليه في الأم فقال : التفويض أن يزوج المرأة الثيب المالكة لأمرها برضاها ولا يسمي لها مهراً .
وقال الشيخ البلقيني قوله وفي بعض كتب العراقيين ما يقتضي كونه تفويضاً يقتضي أنه لم يقف على تصريح في ذلك ، وفي الصورة وجهان حكاهما الماوردي في الحاوي أحدهما : وهو قول أبي إسحاق المروزي أنه ليس بنكاح تفويض .
والثاني : وهو قول أبي علي بن أبي هريرة أنه نكاح تفويض لأن إسقاط ذكره في العقد كاشتراط سقوطه فعل هذا لا مهر لها بالعقد .
وصور الماوردي المسألة بما إذا تزوجها ولم يسم لها مهراً في العقد ولا شرط فيه أن ليس لها مهر .

(٢) قال في الخادم : يستثنى منه المكاتبة والمأذونة في التجارة إذا ركبها الديون في الموصى بنفقتها إذا قلنا المهر الموصى له ، وأمة القراض إذا فرعنا على أن المهر مال قراض .

(٣) قال في الخادم : أرسل الوجهين بلا ترجيح ، والذي يقتضيه إيراد جمهور العراقيين الأول وأخذه من كلام الأذرعي .

(٤) قال الشيخ البلقيني قوله من غير أن ترضى أن ضبط بالياء آخر الحروف ، فغير محتاج إلى هذه اللفظة لأن الصورة أنه نفي المهر ، فقوله من غير أن ترضى بمهر المثل كلام لا يستقيم وإن ضبط بالتاء المثناة من فوق ، فهذا إن كان قبل العقد فهي أذنته بمهر المثل ، فإذا بقي الولي المهر جاء الخلاف ، وإن كان الوصي بعد العقد ، فالخلاف في صحة النكاح ثابت أيضاً ، فلا حاجة إلى هذه اللفظة كيف ما كان الحال .

كان مجبراً ، فهل يبطل النكاح ، أم يصح بمهر المثل ؟ قولان . وإن كان غير مجبر ، فهل يبطل قطعاً أم على القولين ؟ فيه طريقان ، وقد سبق جميع هذا .

فرع : لا يصح تفويض المحجور عليها لسفه ، ولا الصبية المميزة . وإذا قالت السفيهة : زوجني بلا مهر ، استفاد به الولي الإذن في النكاح ولغا التفويض .

فرع : نكحها على أن لا مهر لها ولا نفقة ، أو على أن لا مهر لها وتعطي زوجها ألفاً ، فهذا أبلغ في التفويض . ولو قالت للولي : زوجني بلا مهر ، فزوجها بمهر المثل من نقد البلد ، صح المسمى . وإن زوجها بدون مهر المثل أو بغير نقد البلد ، لم يلزم المسمى ، وكان كما لو نكحها تفويضاً .

الطرف الثاني : في حكم التفويض ، وفيه مسائل .

إحداها : هل تستحق المفوضة مهر المثل بنفس العقد ، أم لا يجب بنفس العقد ؟ فيه قولان . أظهرهما : الثاني[١] . فعلى هذا ، إذا وطئها ، وجب مهر المثل على الصحيح . وعن القاضي حسين تخريج وجه : أنه لا يجب ، خرجه من وطء المرتهن المرهونة بإذن الراهن ، ظاناً الإباحة ، والجامع حصول الإذن من مالك البضع ، وموضع هذا الوجه على ما ذكره أكثر من نقله ما إذا جددت إذناً في الوطء وصرحت بنفي المهر . قال الإمام : والقياس أن لا يشترط تجديد الإذن ، قال : وقد رأيت في بعض المجموعات ما يدل عليه ، وإذا قلنا بالصحيح وأوجبنا مهر المثل ، فهل تعتبر حالة الوطء ، أم يجب أكثر مهر من يوم العقد إلى الوطء ؟ فيه وجهان . أو قولان . أظهرهما : الثاني[٢] .

الثانية : مات أحد الزوجين قبل الفرض والمسيس ، فهل يجب مهر المثل أم لا يجب شيء ؟ فيه خلاف مبني على حديث بروع بنت واشق ، أنها نكحت بلا مهر ، فمات زوجها قبل أن يفرض لها ، فقضى لها رسول الله ﷺ بمهر نسائها والميراث[٣] ، فقيل : إن ثبت الحديث ، وجب المهر ، وإلا فقولان . وقيل : إن لم

---

(١) إذ لو وجب بنفس العقد لتشطر بالطلاق قبل الدخول كالمسمى الصحيح .

(٢) جرى في المنهاج على أن الخلاف وجهان وصحح اعتبار حالة العقد .

(٣) أخرجه أبو داود من حديث علقمة عن عبد الله رضي الله عنهما في رجل تزوج امرأة فمات عنها ولم يدخل بها ولم يفرض لها (الصداق) . فقال : لها الصداق كاملاً وعليها العدة ولها الميراث ، فقال =

يثبت ، فلا مهر ، وإلا فقولان . وقيل : إن ثبت ، وجب ، وإلا ، فلا ، وهو ظاهر لفظ « المختصر » . وقيل : قولان وهو الأصح ، وبه قال العراقيون والحليمي ، واختلفوا في الأظهر منهما ، فرجح صاحب « التقريب » والمتولي ، الوجوب . ورجح العراقيون والإمام والبغوي والروياني ، أنه لا يجب .

قلت : الراجح ترجيح الوجوب ، والحديث صحيح رواه أبو داود والترمذي والنسائي وغيرهم . قال الترمذي : حديث حسن صحيح ، ولا اعتبار بما قيل في إسناده ، وقياساً على الدخول ، فإن الموت مقرر كالدخول ، ولا وجه للقول الآخر مع صحة الحديث[١] . والله أعلم .

فإن أوجبنا ، فيجب مهر المثل باعتبار يوم العقد ، أم يوم الموت ، أم أكثرهما ؟ فيه ثلاثة أوجه حكاها الحناطي[٢] .

الثالثة : طلقها قبل الدخول، إن كان فرض لها، تشطر المفروض كالمسمى في العقد ، وإن لم يكن فرض لها ، فلا يشطر على المذهب ، وبه قطع الأصحاب . وعن الشيخ أبي محمد والمتولي ، خلاف مبني على أن المهر يجب بالعقد أم لا ؟ قال الإمام : لا يعتد بهذا ، ولا يلتحق بالوجوه الضعيفة .

= معقل بن سنان : سمعت رسول الله ﷺ قضى به في بروع بنت واشق .
(١/ ٢٣٧ كتاب النكاح) ـ بـا من تزوج ولم يسم . حـديث (٢١١٥) . وأخرج أيضاً أحمد في (المسند ٤/ ٢٧٩ ـ ٢٨٠) ضمن مسند الجراح وأبي سنان الأشجعيين رضي الله عنهما .
(وأخرجه الدارمي في السنن ٢/ ١٥٥ كتاب النكاح) ـ باب الرجل يتزوج المرأة فيموت . . (والترمذي ٣/ ٤٥٠ كتاب النكاح) ـ باب ما جاء في الرجل يتزوج المرأة فيموت ـ حديث (١١٤٥) . (وأخرجه النسائي ٦/ ١٢١ كتاب النكاح) ـ باب إباحة التزويج بغير صداق . (وابن ماجة ٣/ ٦٠٩ كتاب النكاح) ـ باب إباحة الرجل يتزوج ولا يفرض ـ حديث (١٨٩١) وابن حبان ذكره الهيثمي في موارد الظمآن (ص ٣٠٨) ولم يفرض .
وقال صحيح على شرط مسلم ووافقه الذهبي كما سيأتي ذكر المصنف لبعض من خرجه .

(١) قال في الخادم : فإنه يعني الشيخ المصنف من كلام الترمذي قوله : روي عن الشافعي أنه رجع بمصر عن هذا القول وقال بحديث بروع وهي فائدة ، فإن المشهور في كتب الأصحاب تعليق القول بأنه على صحة الحديث ، نعم ثبت القول به في البويطي لصحة الحديث عنده بعد ذلك . انتهى .

(٢) أوجهها آخرها لأن البضع دخل في ضمانه بالعقد ، وتقرر عليه بالموت كالوطء وذهب بعض المتأخرين إلى اعتبار الأول .

الرابعة : إذا قلنا : لا يجب المهر للمفوضة بالعقد ، فلها مطالبة الزوج بفرض مهر قبل المسيس . وإن أوجبناه بالعقد ، فمن قال : يشطر بالطلاق قبل المسيس ، قال : ليس لها طلب الفرض ، لكن لها طلب المهر نفسه ، كما لو وطئها ووجب مهر المثل ، تطالب به لا بالفرض . ومن قال : لا يتشطر . قال : لها طلب الفرض ليتقرر الشطر فلا يسقط بالطلاق ، وهذا هو المذهب . ولها حبس نفسها للفرض ، وهل لها حبس نفسها لتسليم المفروض ؟ قال البغوي والروياني : نعم كالمسمى . وحكى الإمام عن الأصحاب المنع ، وبه قطع الغزالي لأنها سامحت بالمهر ، فكيف تضايق في تقديمه .

فرع : الفرض يوجد من الزوج ، أو القاضي ، أو أجنبي .

الضرب الأول : إذا فرض الزوج ، نظر ، إن لم ترض به المرأة ، فكأنه لم يفرض[1] وفيما علق عن الإمام ، أنه لا يشترط القبول منها ، بل يكفي طلبها وإسعافه ، وليكن هذا فيما إذا طلبت عيناً أو مقدراً فأجابها ، أما إذا أطلقت الطلب ، فلا يلزم أن تكون راضية بما يعينه أو يقدره . أما إذا تراضيا على مهر ، فينظر ، إن جهلا قدر مهر المثل ، أو جهله أحدهما ، ففي صحة الفرض قولان . أظهرهما عند الجمهور : صحته وهو نصه في « الإملاء » والقديم . وإن كانا عالمين به ، صح ما فرضاه . ويجوز إثبات الأجل في المفروض على الأصح ، ويجوز أن يكون زائداً على مهر المثل إن كان من غير جنسه ، وكذا إن كان منه على المذهب .

الضرب الثاني : فرض القاضي ، وذلك إذا امتنع الزوج من الفرض ، أو تنازعا في قدر المفروض ، فيفرضه[2] ، ولا يفرض إلا من نقد البلد حالا ولو رضيت بالأجل ، لم يؤجل ، بل تؤخر هي إن شاءت ، ولا يزيد على مهر المثل ولا ينقص ، كما في قيم المتلفات[3] . ولكن الزيادة والنقص اليسير الذي يقع في محل

---

(١) وهذا لما قاله الأذرعي إذا فرض دون مهر المثل ، أما إذا فرض لها مهر مثلها حالاً من نقد البلد وبذله لها وصدقته على أنه مهر مثلها ، فلا يعتبر رضاها لأنه عبث وتعنت .

(٢) لأن منصبه فصل الخصومات .

(٣) ولو جرت عادة نسائها أن ينكحن بمؤجل أو بصداق بعضه مؤجل ، وبعضه حال لم يؤجله الحاكم بل يفرض حالاً وينقص للتأجيل بقدر ما يليق بالأجل وعن الصيمري لو جرت عادة في ناحية بفرض الثياب وغيرها ، فرض لها ذلك .

الاجتهاد ، لا اعتبار به ، ويشترط علمه بقدر مهر المثل . قال الشيخ أبو الفرج : وإذا فرض ، لم يتوقف لزومه على رضاهما ، لأنه حكم منه ، وحكم القاضي لا يفتقر لزومه إلى رضى الخصمين .

الضرب الثالث : فرض الأجنبي . فإذا فرض أجنبي للمفوضة مهراً يعطيه من مال نفسه برضاها ، لم يصح على الأصح[1] . فإن صححنا ، طالبت الأجنبي بالمفروض ، وسقطت المطالبة عن الزوج . وعلى هذا ، لو طلقت قبل الدخول ، فنصف المفروض يعود إلى الزوج أم إلى الأجنبي ؟ فيه الوجهان السابقان فيما إذا تبرع أجنبي بأداء المسمى ثم طلقت قبل المسيس ذكرناهما فيما لو أصدق عن ابنه .

فرع : أبرأت المفوضة عن المهر قبل الفرض والمسيس ، فإن قلنا : يجب المهر بالعقد ، صح الإبراء إن كانت تعلم مهر المثل ، فإن جهلته . ففي صحة الإبراء عن المجهول قولان سبقا في « الضمان » . أظهرهما : المنع . فإن منعنا ، فذلك فيما زاد على المتيقن . وفيما استيقنته وجهان من تفريق الصفقة .

وإن قلنا : لا يجب المهر بالعقد ، فهو إبراء عما لم يجب ، وجرى سبب وجوبه . وفي صحته ، قولان كالقولين في ضمانه . أظهرهما : فساده ، فحصل أن المذهب فساد إبرائها .

ولو أسقطت حق الفرض ، لم يسقط كإسقاط زوجة المولي ، ولو أبرأت عن المتعة قبل الطلاق ، فهو إبراء عما لم يجب . وإن أبرأت بعدُ ، فإبراء عن مجهول .

ولو تزوج امرأة على خمر أو خنزير ، فأبرأته عن المسمى ، فهو لغو ، لأن الواجب غيره . وإن أبرأته عن مهر المثل وهي عالمة به ، صح .

فرع : لزوجته عليه مهر تيقن أنه لا ينقص عن ألف ، واحتمل أن يزيد عليه إلى ألفين ، ورغبا في البراءة ، فينبغي أن تبرئه عن ألفين ، ذكره البغوي . ولو قبضت ألفاً ، وأبرأته من ألف إلى ألفين ، فإن بان أن مهرها ألف أو فوق الألف إلى ألفين ،

---

(١) لأنه خلاف ما يقتضيه العقد .

والثاني يصح كما يؤدى الصداق عن الزوج بغير إذنه .

تنبيه : محل الخلاف إذا لم يأذن الزوج للأجنبي وإلا فيجوز قطعاً كما صرح به في الذخائر .

فالبراءة حاصلة ، وإن بان فوق الألفين ، فعليه الزيادة ، وحصلت البراءة من ألفين ، والقول بحصول البراءة إذا بان فوق ألف إلى ألفين ، تفريع على أنه إذا قال : ضمنت من واحد إلى عشرة ، أو أبرأت ، صح الضمان والإبراء ، وهو الأصح . ولو دفع الزوج إليها ألفين ، وحلل لها ما بين ألف وألفين ، حل لها ذلك إن بان فوق ألف إلى ألفين . وإن بان دون ألف ، فعليها رد قدر التفاوت بين مهرها وبين الألف ، لأنه لم يدخل في التحليل ، ويحصل الفرض من جهة الزوجة بلفظ التحليل والإبراء ، أو الإسقاط والعفو . وأما من جهة الزوج ، فيشترط لفظ صالح لتمليك الأعيان . فإن تصرفت في المدفوع وصار ديناً ، جرت فيه الألفاظ .

فرع : قال لمن عليه ألف درهم : أبرأتك عن ألف درهم ، ثم قال : لم أعلم وقت الإبراء أنه كان لي عليه شيء ، لا يقبل قوله في الظاهر . وفي الباطن وجهان . قال الإصطخري : لا يقبل أيضاً لأنه ورد على محل حقه . وقال غيره : يقبل ، والخلاف مأخوذ مما إذا باع مال أبيه ظاناً حياته فبان ميتاً .

فصل : ذكرنا أن المفروض فرضاً صحيحاً ، كالمسمى في العقد ، حتى يتشطر[1] بالطلاق قبل الدخول[2] . فلو فرض فاسداً كخمر ، لغا ، ولم يؤثر في تشطر مهر المثل ، بخلاف التسمية الفاسدة في العقد ، فإنها تشطره .

فرع : نكح ذمي ذمية على أن لا مهر ، وترافعا إلينا ، حكمنا بحكمنا في المسلمين .

فصل في بيان مهر المثل : ويحتاج إليه في مواضع . منها : المفوضة ، وفي التفويض الفاسد ، وفي التسمية الفاسدة ، وفيما إذا نكح نسوة بمهر واحد وقلنا : يوزع على مهور أمثالهن ، وفي وطء الشبهة والإكراه على الزنا ، وفيه مسائل .

إحداها : مهر المثل هو القدر الذي يرغب به في أمثالها ، والركن الأعظم في

(١) في هامش « ط » في الأصل يشترط ، وهو خطأ .

(٢) سواء أكان الفرض من الزوجين أو من الحاكم لعموم قوله تعالى : ﴿ **وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم** ﴾ .

الباب النسب[١] ، وينظر إلى نساء عصباتها ، وهن المنتسبات إلى من تنسب هذه إليه كالأخت وبنت الأخت ، والعمة وبنت العم ، ولا ينظر إلى ذوات الأرحام ، ويراعى في نساء العصبة قرب الدرجة ، وأقربهن الأخوات من الأبوين ، ثم من الأب ، ثم بنات الأخوة من الأبوين ، ثم من الأب ، ثم العمات كذلك ، ثم بنات الأعمام . فإن تعذر اعتبار نساء العصبة ، اعتبر بذوات الأرحام كالجدات والخالات ، وتقدم القربى فالقربى من الجهات ، وكذا تقدم القربى فالقربى من الجهة الواحدة كالجدات . ولا يتعذر اعتبار نساء العصبة بموتهن ، بل يعتبر بعد موتهن ، وإنما يتعذر بفقدهن من الأصل ، وقد يكون للجهل بمقدار مهورهن ، أو لأنهن لم ينكحن . فإن تعذرت ذوات الأرحام ، اعتبرت بمثلها من الأجنبيات ، وكذا إن لم يكن نسبها معلوماً ، وتعتبر العربية بعربية مثلها ، والأمة بأمة مثلها ، وينظر إلى شرف سيدها وخِسّته ، ومهر المعتقة بمعتقة مثلها . وفي وجه : تعتبر المعتقة بنساء الموالي .

الثانية : يعتبر مع ما ذكرناه البلد . فإذا كان نساء عصباتها ببلدتين هي في إحداهما ، اعتبر بعصبات بلدها . فإن كن كلهن ببلدة أُخرى ، فالاعتبار بهن لا بأجنبيات بلدها ، وتعتبر المشاركة في الصفات المرغبة ، كالعفة ، والجمال ، والسن ، والعقل ، واليسار ، والبكارة ، والعلم ، والفصاحة ، والصراحة ، وهي أن تكون شريفة الأبوين ، وسائر الصفات التي تختلف بها الأغراض[٢] . وفي وجه : لا اعتبار باليسار وهو بعيد ، ومتى اختصت بصفة مرغبة ، زيد في مهرها . وإن كان فيها نقص ليس في النسوة المعتبرات مثله ، نقص من المهر بقدر ما يليق به .

الثالثة : المعتبر غالب عادة النساء المعتبرات . فلو سامحت واحدة منهن ، لم يلزم الباقيات المسامحة ، إلا أن يكون لنقص دخل النسب وفترت الرغبات .

الرابعة : مهر المثل يجب حالاً من نقد البلد ، كقيمة المتلفات . وإن رضيت

---

(١) لوقوع التفاخر به كالكفاءة في النكاح .
ظاهر كلام الأكثرين كالمصنف اعتبار النسب في العجم كالعرب ، وهو كذلك . لأن الرغبات تختلف بالنسب مطلقاً ، ومنع القفال والعبادي اعتبار النسب في العجم .

(٢) لأن المهور تختلف باختلاف هذه الصفات .
ويعتبر حال الزوج أيضاً من يسار وعلم وعفة ونحوها كما قاله الفارقي .

بالتأجيل ، لا يوجبه الحاكم مؤجلاً ، لكن لها أن تسامح بالإنظار . فإن كانت النسوة المعتبرات ينكحن بمؤجل أو بصداق بعضه مؤجل ، لم يؤجل الحاكم أيضاً لكن ينقص ما يليق بالأجل . وإن جرت عادتهن بمسامحة العشيرة دون غيرهم ، خففنا مهر هذه في حق العشيرة دون غيرها . وكذا لو كن يخففن ، إذا كان الزوج شريفاً ، خفف في حق الشريف دون غيره . وعن الشيخ أبي محمد : أنه لا يلزم التخفيف في حق العشيرة والشريف . وقيل : مهر المثل الواجب بالعقد يجوز أن يختلف دون الواجب بالإتلاف ، والصحيح الأول .

فرع : تقادم العهد لا يسقط مهر المثل عندنا .

فرع . الوطء في النكاح الفاسد ، يوجب مهر المثل باعتبار يوم الوطء[١] كالوطء بالشبهة ، ولا يعتبر يوم العقد ، إذ لا حرمة للعقد الفاسد .

فرع : إذا وطىء مراراً بشبهة واحدة ، أو في نكاح فاسد ، لم يجب إلا مهر واحد . ولو وطىء بشبهة ، فزالت تلك الشبهة ، ثم وطىء بشبهة أخرى ، وجب مهران . ولو أكرهها على الزنا ، وجب بكل وطأة مهر ، لأن الوجوب هنا بالإتلاف ، وقد تعدد . ولو وطىء الأب جارية الابن مراراً من غير إحبال ، فقيل : يجب بكل وطءٍ مهر . والأصح أنه لا يجب إلا مهر واحد ، لأن شبهة الاعفاف تعم الوطآت ، وخصص البغوي الوجهين بما إذا اتحد المجلس ، وجزم بالتكرار عند اختلاف المجلس . ووطء الشريك المشتركة ، والسيد المكاتبة مراراً ، كوطآت جارية الابن . وإذا وجب مهر واحد بوطآتٍ ، اعتبر أكمل الأحوال .

الباب الرابع
في تشطر الصداق

بالطلاق قبل الدخول يشطر الصداق بين الزوجين ، وفي الباب أطراف .

الأول[٢] : في موضع التشطر وكيفيته .

أما موضعه ، فيتشطر الصداق قبل الدخول بالطلاق والخلع . وفيما إذا طلقت

---

(١) لأنه وقت الاتلاف .

(٢) في « ط » الطرف الأول .

نفسها بتفويضه إليها ، أو علّق طلاقها بدخول الدار فدخلت ، أو طلقها بعد مدة الإيلاء بطلبها ، وبكل فرقة تحصل لا بسبب من المرأة ، بأن أسلم أو ارتد أو أرضعت أم الزوجة الزوج وهو صغير ، أو أم الزوج أو ابنة الزوجة الصغيرة ، أو وطئها أبوه ، أو ابنه بشبهة وهي تظنه زوجها ، أو قذفها ولاعن[1] . فأما إذا كان الفراق منها أو بسبب فيها ، بأن أسلمت أو ارتدت ، أو فسخت النكاح بعتق أو عيب ، أو أرضعت زوجة

---

(١) قال في المهمات : كلامه يشعر بأن إرضاع بنت الزوج ليس كذلك ، فإنه اقتصر على أم الزوج مع ذكره إرضاع الزوجة بنت الزوج ، وليس كذلك لأن بنت الزوجة إذا أرضعت الزوج صارت الزوجة جدته فحصلت الفرقة بالرضاع ، وتشطر المهر فكان ينبغي أن يقول أو أرضعت أم أحد الزوجين أو بنته الآخر وهو صغير .
قال في التوسط ، لم يرد الرافعي وكان الأدب أن يقول الأحسن أن يقال كذا وكذا ودعواه أن كلامه اقتضى إخراج بنت الزوجة غير صحيح ، بل هو ساكت عنها ، وقال في الخادم : تصويره الارضاع بما إذا كان لا من جهتها على الأصح لانفساخه بفعلها ، وقيل تستحقه لأنه لا غيره بفعلها ، وحكى الغزالي عن الأصحاب خلافاً فيما لو طيرت الريح أن في الخامسة إلى فيها فابتلعتها . وقال في الخادم أيضاً : بقي من الصور قسمان :
أحدهما : أن يكون الفسخ بسببهما جميعاً كردتهما معاً ، وحكى الماوردي في باب ارتداد الزوجين فيه ثلاثة أوجه :
أحدها : يشطر تغليباً لجانب الرجل كالمخالعة . والثاني : يسقط كله لإعانتها على سبب الفرقة . والثالث : لها ربع المهر لاشتراكهما في الفسخ فسقط من النصف نصفه لأنه في مقابلة ردة الزوجة . وهذا الثالث غريب وليس له صورة يسقط فيها ثلاثة أرباع الصداق بالفرقة قبل الدخول إلا هذه على وجه ، ثم الظاهر ترجيح الثاني ، والفرق بينه وبين المخالفة أن الزوج سلطها على الفرقة فنسبة الفرقة إلى الدفع بخلاف الردة واحدة من كلام شيخه البلقيني ، وسيأتي في باب المتعة إن شاء الله أن الرافعي ذكر ما إذا ارتدا معاً وسقط ذلك من الروضة .
القسم الثاني ما إذا كان لا من جهة واحد منهما وهي مسألة ابن الحداد والقفال ولم يذكرها الرافعي في هذا الباب وابن الحداد يقول فيها بالسقوط دائماً . والقفال بالشطر ، ومن صورها ما إذا أسلم أبو الصغيرة فانفسخ النكاح ، قال ابن الحداد يسقط وقال القفال : ينشطر ، كذا ذكره في شرح الفروع ونقله الشيخ أبو علي والامام عن بعض الأصحاب ولم يصرحا بذكر القفال ، وقضية كلام الرفاعي الحزم ، يقول ابن الحداد في هذه إذ قال في باب المتعة فيما إذا وقع اسلامهما معاً أنه لا متعة لها كما لو أسلمت بنفسها فجعل ذلك فرقة كافية من جهتها ، لكن رجح فيما إذا ورث زوجته أو بعضها عدم سقوط المهر ، وصرح بمخالفة ابن الحداد فيه وهو يقتضي إيجابه الشطر ، كذا قاله في كتاب النكاح في فصل الدوريات ، وينبغي أن يجب على مباشرة للاسلام مهر المثل لأنه أبطل نكاح غيره بإسلامه ، وإن كان واجباً عليه كما في نظيره من الرضاع الواجب ، وفي هذا البحث نظر ، والظاهر خلاف ما قاله فإنه أدى فرضاً مضيقاً عليه أحسن بأدائه .

أخرى له صغيرة ، أو فسخ النكاح بعيبها ، فيسقط جميع المهر ، وشراؤها زوجها يسقط الجميع على الأصح ، وشراؤه زوجته يشطر على الأصح[١] .

فرع : إذا طلق المفوضة قبل الفرض والدخول ، فالقول في التشطر سبق . وأما غير المفوضة ، فكل صداق واجب ورد عليه الطلاق قبل الدخول شطره ، سواء فيه المسمى الصحيح في العقد ، والمفروض بعده ، ومهر المثل إذا جرت تسمية فاسدة في العقد .

فصل : وأما كيفية التشطر ، ففيها أوجه . الصحيح أنه يعود إليه[٢] نصف الصداق بنفس الفراق . والثاني : أن الفراق يثبت له خيار الرجوع في النصف ، فإن شاء يملكه وإلا فيتركه كالشفعة . والثالث : لا يرجع إليه إلا بقضاء القاضي . وحكى العبادي ، أن أبا الفضل القاشاني الزاهد ، حكى الثالث قولاً قديماً . وأنكر جمهور الأصحاب كونه قولاً أو وجهاً ، فإذا قلنا : يثبت الملك بالاختيار ، فطلقها على أن يسلم لها كل الصداق ، وهذا إعراض منه ورضى بسقوط حقه ، فيسلم لها جميعه . وعلى الصحيح يلغو قوله، ويتشطر المهر كما لو أعتق ونفى الولاء. ولو طلق ثم قال : أسقطت خياري ، وقلنا : الطلاق يثبت الخيار ، فقد أشار الغزالي إلى احتمالين . أحدهما : يسقط كخيار البيع . وأرجحهما : لا ، كما لو أسقط الواهب خيار الرجوع ، ولم يجر هذا التردد فيما لو طلق على أن يسلم لها كل الصداق . ويجوز أن يسوى بين الصورتين .

ولو حدثت زيادة في الصداق بعد الطلاق ، فعلى الوجه الأول : الصحيح نصفها للزوج[٣] ، وعلى الثاني : إن حدثت قبل اختيار التملك ، فالجميع للزوجة

---

(١) قال في الخادم : هذا خاص بالملك من جهة الشراء ونحوه من أسباب المعاوضات فلو استرق الزوج الحربي قبل الدخول زوجته الحربية ، وكان صداقها ديناً عليه فإنه يسقط المهر جميعاً ، لكن ليس نقد لخصوص الصداق ، بل لأنه يسقط دين الحربي على من استرده بالسبي مطلقاً وليس لنا فرقة قبل الدخول لا يسبب من جهة الزوجة يسقط فيها المسمى كله إلا في هذه .

(٢) أي إلى الزوج إن دفعه أو وليه من أب أو جد عنه وهو صغير أو مجنون أو سفيه ، الا فيعود إلى المؤدي .

(٣) التعبير بنصف القيمة . قال الامام : فيه تساهل وإنما هو قيمة النصف وهي أقل من ذلك ، ومال إليه ابن الرفعة والسبكي وغيرهما ، ونبه الأذرعي على أن الشافعي والجمهور قد عبروا بكل من العبارتين ، وهذا فيهم يدل على أن مؤداهما عندهم واحد .

كالحادث قبل الطلاق ، هذا إذا كانت الزيادة منفصلة ، فإن كانت متصلة وقلنا بالأول ، فالنصف بزيادته للزوج . وإن قلنا بالثاني ، فوجهان أصحهما : كذلك . والثاني : يمنع الرجوع إلا برضاها وإن حدث نقص ، فإن قلنا : يملك بالاختيار ، فإن شاء أخذه ناقصاً بلا أرش ، وإن شاء تركه وأخذ نصف قيمته صحيحاً . وإن قلنا : يملك بنفس الطلاق ، فإن وجد منها تعدٍّ ، بأن طالبها برد النصف ، فامتنعت ، فله النصف مع أرش النقص وإن تلف الكل والحالة هذه ، فعليها الضمان . وإن لم يوجد تعدٍّ ، فوجهان . أحدهما وهو ظاهر النص وبه قال العراقيون والروياني : إنها تغرم أرش النقص . وإن تلف ، غرمت البدل لأنه مقبوض عن معاوضة كالمبيع في يد المشتري بعد الإقالة . وفي « الأم » نص يشعر بأنه لا ضمان ، وبه قال المراوزة ، لأنه في يدها بلا تعدّ ، فأشبه الوديعة . فعلى الأول ، لو قال الزوج : حدث النقص بعد الطلاق فعليك الضمان ، وقالت : قبله ولا ضمان ، فأيهما المصدق ؟ وجهان . أصحهما : المرأة ، وبه قطع الشيخ أبو حامد وابن الصباغ . ولو رجع كل الصداق إليه بردتها ، أو فسخ وتلف في يدها ، فمضمون عليها كالبيع ينفسخ بإقالة أو ردّ بعيب . قال الإمام : وحكم النصف عند ردته كالطلاق .

فرع : إذا قلنا : يملك بالاختيار ، فهل تملك الزوجة التصرف بعد الطلاق قبل الاختيار ؟ وجهان حكاهما الإمام . قال : القياس أنها تملك كما قبل الطلاق ، وكما يملك المتهب قبل رجوع الواهب .

فرع : إذا كان الصداق ديناً ، سقط نصفه بمجرد الطلاق على الصحيح ، وعند الاختيار : على الثاني ، ولو أدى الدين والمؤدى باقٍ ، فهل لها أن تدفع قدر النصف من موضع آخر لأن العقد لم يتعلق بعينه ؟ أم يتعين حقه فيه لتعينه بالدفع ؟ وجهان . أصحهما : الثاني .

الطرف الثاني : في تغير الصداق قبل الطلاق[1] . إذا أصدقها عيناً ، ثم طلقها

---

(١) الضرب الأول أن يحدث في يدها فالزوج بالخيار إن شاء رجع إلى نصف قيمة الصداق سليماً إلى آخره .

قال في المهمات : محله أن يكون متقوماً ، فإن كان مثلياً رجع إلى نصف مثله كتلف جميعه ، صرح به ابن الصباغ وغيره وجزم به في المطلب .

قبل الدخول ، فإن كانت تالفة ، رجع بنصف مثلها إن كانت مثلية ، أو نصف قيمتها إن كانت متقومة . وإن كانت باقية ، فإن لم يحدث فيها تغير ، رجع في نصفها كما سبق . وإن حدث تغيّر وهو مقصود الفصل ، فهو نقص أو زيادة أو كلاهما ، فهي ثلاثة أقسام . الأول : نقص محض وهو نوعان ، نقص صفة ونقص جزء .

النوع الأول : نقص الصفة كالعمى والعور ، ونسيان الصنعة ، وهو ضربان . حادث في يدها ، وحادث في يده .

الضرب الأول : أن يحدث في يدها ، فالزوج بالخيار ، إن شاء رجع إلى نصف قيمة الصداق سليماً ، وإن شاء قنع بنصف الناقص بلا أرش . هذا قول الأصحاب . قال الإمام : ويحتمل أن يقال : يجب الأرش ، وجعل الغزالي هذا الاحتمال وجهين .

الضرب الثاني : أن يحدث في يده قبل قبضها وأجازت ، فله عند الطلاق نصفها ناقصاً ، ولا خيار له ولا أرش ، لأنه نقص وهو من ضمانه ، لكن لو حدث النقص بجناية وأخذت الأرش ، فهل له نصف الأرش ، لأنه بدل الفائت أم لا شيء له من الأرش كزيادة منفصلة ؟ فيه وجهان . أصحهما : الأول .

النوع الثاني : نقص جزء ، بأن أصدقها عبدين وقبضهما ، فتلف أحدهما في يدها ثم طلقها ، فثلاثة أقوال . أظهرها : يرجع إلى نصف الباقي ونصف قيمة التالف . والثاني : أنه يأخذ الباقي بحقه إن استوت قيمتهما . والثالث : يتخير بين أن يأخذ نصف الباقي ونصف قيمة التالف ، وبين أن يأخذ نصف قيمة العبدين .

القسم الثاني: زيادة محضة وهي صنفان، منفصلة ومتصلة. أما المنفصلة، كاللبن ، والولد ، والكسب ، فيسلم للمرأة ، سواء حصلت في يدها أو في يد الزوج ، ويختص الرجوع بنصف الأصل[1] . ثم في الشامل والتتمة : إن قولنا : يرجع بنصف الأصل ويبقى الولد لها ، مفروض في غير الجواري ، وليس له الرجوع في نصف الجارية ، لأنه يتضمن التفريق بين الأم والولد ، بل يرجع إلى القيمة . فإن وافقته الزوجة ورضيت برجوعه إلى نصف الأم ، فهو كالتفريق بين الأم والولد بالبيع .

---

(١) لأن الزيادة حدثت في ملكها ، والطلاق إنما يقطع ملكها من حين وجوده لا من أصله .

الصنف الثاني : الزيادة المتصلة ، كالسمن ، وتعلم صنعة ، فلا يستقل الزوج بالرجوع إلى عين النصف ، بل يخير الزوجة[١] . فإن أبت ، رجع إلى نصف القيمة بغير تلك الزيادة . وإن سمحت ، أجبر على القبول ولم يكن له طلب القيمة وحكى الحناطي وجهاً ، أنه لا يجبر للمنّة ، والصحيح الأول . قال الأصحاب : لا تمنع الزيادة المتصلة الاستقلال بالرجوع إلا في هذا الموضع . فأما في سائر الأصول ، كالمبيع في يد المفلس ، والموهوب في يد الولد ، والمردود بالعيب في البيع ، فلا تمنع الزيادة المتصلة الرجوع ، بل يستقلون بالرجوع معها ، وفرقوا بأن الرجوع في هذه الصور بالفسخ ، وهو رفع العقد من أصله أو حينه . فإن رفع من أصله ، فكأنه لا عقد . وإن رفع من حينه ، فالفسخ مشبه[٢] بالعقد ، والزيادة تتبع الأصل في العقد ، فكذا في الفسخ ، وعود الشطر بالطلاق ليس فسخاً ، ولهذا لو سلم العبد الصداق من كسبه ثم عتق وطلق ، وعاد النصف إليه لا إلى السيد ، وإنما هو ابتداء ملك يثبت فيما فرض صداقاً . وفرق أبو إسحاق بين الصداق وصورة الإفلاس، بأن[٣] غريم المفلس لو منعناه الرجوع إلى العين ، لم يتم له الثمن لمزاحمة الغرماء ، وهنا إذا لم تسلم العين ، سلمت القيمة بتمامها ، فلا ضرر ، حتى لو كانت محجوراً عليها بفلس عند الطلاق ولو ترك العين لاحتاج إلى المضاربة ، قال : يرجع إلى العين بزيادتها بغير رضاها . وعوَّل الأكثرون على الفرق الأول ، ومنعوا استقلاله بالرجوع وإن كانت محجوراً عليها ، واعتبروا في الرجوع حينئذ رضاها ورضى الغرماء . وحكى الإمام وجهاً أن كونها محجوراً عليها ، يمنع الرجوع وإن[٤] لم تكن زيادة ، لتعلق حق الغرماء قبل ثبوت الرجوع ، والزوائد المنفصلة والمتصلة فيما سوى الطلاق من الأسباب المشطرة كهي في الطلاق .

وأما ما يوجب عود جميع الصداق إلى الزوج ، فينظر فيه ، إن كان سببه عارضاً كالرضاع وردتها ، فكذلك الحكم . وفي ردتها وجه أن الزوج يستقل بالرجوع في الزوائد المتصلة . وإن كان السبب مقارناً كالفسخ بعيبه أو عيبها ، فالذي قطع به

(١) وليس خيارها فوراً ، بل إن طلبه الزوج كلفت فوراً اختيار أحد الأمرين على ما سيذكر المصنف .

(٢) في هامش « ط » في الأصل شبه .

(٣) في هامش « ط » في الأصل : فإن .

(٤) في هامش « ط » في الأصل « فإن » .

الجمهور ، أنه يعود بزيادته إلى الزوج ، ولا حاجة إلى رضاها كفسخ البيع بالعيب . وقال المتولي : إن قلنا في الفسخ بعد الدخول : يبقى المسمى لها، فهو كما لو كان السبب عارضا . وإن قلنا : يوجب مهر المثل ، فهل يستند الفسخ إلى أصل العقد ويرفع[٣] أصله ، أم لا ؟ فيه خلاف . إن قلنا : لا ، فالحكم كما سبق ، وإن قلنا : نعم ، عاد الصداق إليه بزوائده المتصلة والمنفصلة .

فرع : إذا امتنع الرجوع إلى نصف عين الصداق ، رجع بنصف قيمة الجملة بغير زيادة ولا نقص ، ولا يقال : يرجع بقيمة النصف . ووقع في كلام الغزالي بقيمة النصف ، وهو تساهل في العبارة ، والصواب ما ذكرنا ، لأن التشقيص عيب .

القسم الثالث : إذا تغير الصداق بالزيادة والنقص معاً ، إما بسبب واحد ، بأن أصدقها عبداً صغيراً فكبر ، فإنه[١] نقص بسبب نقص القيمة ، ولأن الصغير يدخل على النساء ، ولا يعرف الغوائل ، ويقبل التأديب والرياضة ، وفيه زيادة بقوته على الشدائد والأسفار ، وحفظ ما يستحفظه . وكما إذا أصدقها شجرة فكبرت فقل ثمرها وزاد حطبها .

وإما بسببين ، بأن أصدقها عبداً فتعلم القرآن واعورّ ، فيثبت لكل منهما الخيار ، وللزوج أن لا يقبل العين لنقصها ، ويعدل إلى نصف القيمة ، ولها أن لا تبذلها لزيادتها وتدفع نصف القيمة . فإن اتفقا على رد العين ، جاز ، ولا شيء لأحدهما على الآخر . وليس الاعتبار بزيادة القيمة ، بل كل ما حدث وفيه فائدة مقصودة ، فهو زيادة من ذلك الوجه وإن نقصت القيمة كما ذكرنا في كبر العبد .

فرع : أصدقها جارية حائلاً ، فحبلت في يدها وطلقها قبل الدخول ، فهو زيادة من وجه ونقص من وجه ، للضعف في الحال ، ولخطر الولادة . فإن لم يتفقا على نصف الجارية ، فالمعدول إليه نصف قيمة الجارية ، وليس لأحدهما إجبار الآخر . وحكى الحناطي وجهاً ، أن الزوج يجبر إذا رضيت برجوعه إلى نصف الجارية حاملاً بناءً على أن الحمل لا يعرف ، ومقتضى هذا أن تجبر هي أيضاً إذا رغب الزوج في نصفها حاملاً ، والصحيح الأول . وأما الحمل في البهيمة ،

---

(١) في هامش « ط » في الأصل فكأنه .

فكالجارية . وقيل : زيادة محضة ، إذ لا خطر فيه ، والأول أصح ، لأنه لا يحمل عليها حاملاً ما يحمل حائلا ، ولأن لحم الحمل أردأ .

فرع : أصدقها أرضاً فحرثتها ، فإن كانت الأرض معدَّة للزراعة ، فزيادة محضة . وإن كانت معدّة للبناء ، فنقص محض ، فحينئذ إن أراد الرجوع إلى نصف عينها ، مكن ، وإن أبى ، رجع إلى نصف القيمة بلا حراثة . وإن زرعتها ، فنقص محض ، فإن اتفقا على الرجوع إلى نصف العين وترك الزرع إلى الحصاد ، فذاك . قال الإمام : وعليه إبقاؤه بلا أجرة ، لأنها زرعت ملكها الخالص . وإن رغب فيها الزوج وامتنعت ، أجبرت . وإن رغبت هي ، فله الامتناع ، ويأخذ نصف قيمة الأرض . فإن قالت : خذ نصف الأرض مع نصف الزرع ، ففي إجباره طريقان . أحدهما : وجهان كما سنذكره إن شاء الله تعالى في الثمار . والثاني : القطع بالمنع ، لأن الزرع ليس من عين الصداق ، بخلاف الثمرة ، والمذهب المنع كيف كان . وإن طلقها بعد الحصاد ، وبقي في الأرض أثر العمارة ، وكانت تصلح لما لا تصلح له قبل الزراعة ، فهي زيادة محضة ولو غرستها ، فكما لو زرعتها . لكن لو أراد أن يرجع في نصف الأرض ويترك الغراس ، ففيه وجه أنها لا تجبر ، لأن الغراس للتأبيد . وفي إبقائه في ملك الغير ضرر . ولو طلقها والأرض مزروعة أو مغروسة ، فبادرت بالقلع ، نظر ، إن بقي في الأرض نقص لضعفها بهما وهو الغالب ، فهو على خيرته ، وإلا انحصر حقه في الأرض .

فصل : أصدقها نخيلاً حوائل ، ثم طلقها وهي مطلعة ، فليس له أخذ نصف الطلع قهراً ، ولا نصف العين قهراً ، لأن الطلع كزيادة متصلة فيمنع الرجوع قهراً . فإن رضيت بأخذه نصف النخل والطلع ، أجبر على المذهب . وقيل : وجهان كالثمرة المؤبرة ، أما إذا طلقها وعليها ثمار مؤبرة ، ففيها مسائل .

إحداها : ليس له تكليفها قطع الثمرة ليرجع إلى نصف العين . فلو بادرت بقطعها ، أو قالت : اقطعها ليرجع ، فليس للزوج إلا الرجوع إلى نصف الشجر إذا لم يمتد زمن القطع ولم يحدث به نقص في الشجر بانكسار سعف وأغصان .

الثانية : أراد الرجوع في نصف النخل وترك الثمار إلى الجداد فأبت[1] ،

---

(١) في هامش « ط » في الأصل فبانت .

أجبرت على الأصح عند الجمهور ، منهم العراقيون ، وبه قطع البغوي ، لأن الأشجار في يدها كسائر الأموال المشتركة . ورجح المتولي منع الإجبار ، وأشار إلى ترجيحه الإمام والغزالي ، لأنها قد لا ترضى بيده ودخوله البستان . قال الإمام : ولأنه لا بد من تنمية الثمار بالسقي ، ولا يمكن تكليفها السقي ، لأن نفعه غير مختص بالثمر ، بل ينفع به الشجر أيضاً ، ولا يمكن تكليفها ترك السقي لتضرر الثمر والشجر . ولمن قال بالأول أن يقول : حكم السقي هنا حكمه فيما إذا اشترك اثنان في الشجر وانفرد أحدهما بالثمر في غير الصداق .

الثالثة : أرادت رجوعه[١] في نصف الشجر وترك ثمرها إلى الجداد ، فله الامتناع وطلب القيمة ، لأن حقه في الشجر خاليةً ، وليس لها تكليفه تأخير الرجوع إلى الجداد ، لأن حقه في الشجر[٢] ناجز في العين أو القيمة . ولو قال : أؤخر الرجوع إلى الجداد ، فلها الامتناع لأن نصيبه يكون مضموناً عليها ، كذا وجَّهوه ، وهو تفريع على أن النصف الراجع إليه يكون مضموناً عليها ، وفيه خلاف سبق . ولو قال : أرجع ويكون نصيبي وديعة عندك وقد أبرأتك عن ضمانه ، فوجهان لهما التفات إلى إبراء الغاصب مع بقاء المغصوب في يده . وزاد من نظر إلى السقي ، فقال : ليس لها أن تقول : ارجع واسق ، لأن فائدة السقي تعود إلى نصيبها من الشجر وإلى الثمار وهي خالصة لها ، ولا أن تقول : ارجع ولا تسق ، لأنه يتضرر . ولو قالت : ارجع وأنا لا أسقي وإليك الخيرة في السقي وتركه ، أو قال : ارجع ولا أسقي ولك الخيار في السقي وتركه ، لم يلزم الآخر الإجابة ، لأنه إن ترك السقي تضرر ، وإن سقى اختص بالمؤنة دون الفائدة . ولو قال الزوج : ارجع إلى النصف واسق والتزم المؤنة ، أو قالت : ارجع وأنا أسقي ، فهل يلزم الآخر الإجابة ؟ وجهان . أصحهما : المنع ، لأنه وعد وقد لا يفي به . فإن قلنا بالإجابة ، فبدا للملتزم وامتنع ، تبينا أن الملك لم يرجع إلى الزوج ، وكأنه موقوف على الوفاء بالوعد ، وألحقوا بهذه الصورة ما إذا أصدقها جارية فولدت في يدها ولداً مملوكاً ثم طلقها قبل الدخول ، فقال : ارجع إلى نصف الجارية وأرضى أن ترضع الولد ، ففيه[٣]

---

(١) في هامش « ط » في الأصل برجوعه .

(٢) سقط من « ط » .

(٣) في هامش « ط » في الأصل : فيه .

الوجهان . قال الإمام : ونص الشافعي رحمه الله يدل على أنه لا يجاب . ولو قال : أرجع وأمنعها الإرضاع ، لم تُجَبْ بلا خلاف . وفي هذه المسألة وراء الإرضاع ومضي زمانه شيء آخر ، وهو التفريق بين الأم والولد . وقد ذكرنا ما ذكره صاحبا « الشامل » و « التتمة » فيه .

الرابعة : وهبت له نصف الثمار ليشتركا في الثمر والشجر ، فهل يجب القبول لأن الثمر متصل كالسمن ، أم لا ، لأن الثمرة المؤبرة كالمنفصلة ولا يجبر على قبول ملك الغير ؟ وجهان . أصحهما : الثاني .

الخامسة : تراضيا على الرجوع في نصف الشجر في الحال ، أو على تأخير الرجوع إلى الجداد ، مكنا منه . وإذا بدا لأحدهما في التأخير ، مكّن من الرجوع عنه . وقال المعللون بالسقي : إن رضيا بالرجوع في الحال على أن يسقي من شاء منهمامتبرعاً، أو على أن يتركا أو أحدهما السقي ، فمن التزم السقي [1] ، فهو وعد لا يلزم[2] الوفاء به ، لكن إذا لم يف ، تبينا أن الملك لم يعد إلى الزوج . ومن ترك السقي ، لم يمكن[3] من العود إليه . هذا حاصل المسألة ، ولم أر تعرضاً للسقي إلا للإمام ومن نحا نحوه .

فرع : ظهور النور في سائر الأشجار كبدوِّ الطلع في النخل ، وانعقاد الثمار مع تناثر النور ، كالتأبير في النخل .

فرع : أصدقها نخلة عليها ثمرة مؤبرة ، وطلقها قبل الدخول ، فله نصف الثمرة مع نصف النخلة ، سواء جدت الثمرة أم لا [4] . وإن أصدقها والثمرة مطلعة ، وطلقها وهي بعد مطلعة ، أخذ نصفها مع الطلع . ونقل المتولي وجهاً أنه إذا امتد الزمان بحيث يزداد في مثله الطلع ، لا يجوز له الرجوع فيه ، هذا لفظه . ولو قال :

---

(١) في هامش « ط » في الأصل : في القسي .

(٢) في هامش « ط » في الأصل : لأن يلزم .

(٣) في هامش « ط » في الأصل في الأصل : لم يكن .

(٤) قال الشيخ البلقيني : المراد إذا أصدقها الثمرة معها ، وهذا واضح من القواعد والشواهد ، فأما لو أصدقها النخلة وسكت ، فإن الثمرة المؤبرة تكون للزوج جزماً ، وحينئذ فإذا طلق تكون الثمرة بكمالها له بالملك المستمر ونصف النخلة بالطلاق قبل الدخول .

لم يجز له الرجوع بغير رضاها، لكان أحسن . فلو كانت مؤبرة عند الطلاق، فهل له في الثمرة حق ؟ فيه طريقان . أحدهما : على قولين كما إذا أصدقها جارية حاملاً فولدت قبل الطلاق ، والمذهب القطع بثبوت حقه في الثمرة لأنها مشاهدة متيقنة ، ويجوز إفرادها بالعقد بخلاف الحمل . فإن أثبتنا له حقاً في الثمرة ، لم يأخذ إلا برضاها لأنها زادت . فإن لم ترض ، أخذ نصف الشجر مع نصف قيمة الطلع .

فرع : أصدقها جارية حاملاً فطلقها قبل الدخول ، نظر ، إن طلقها وهي بعد حامل ، فله نصفها حاملاً ، ويجيء عند امتداد الزمان الوجه الذي حكاه المتولي في الفرع قبل هذا . وإن طلقها وقد ولدت ، فالكلام في الأم ثم الولد ، أما الأم ، فلا يأخذ نصفها إن كان الولد رضيعاً لئلا يتضرر ، لكن يرجع إلى نصف القيمة وإن كان فطيماً ، فإن كان في زمن التفريق المحرَّم ، فعلى ما تقدم ، وإلا فله نصفها . وإن نقصت قيمتها بالولادة ، نظر ، إن ولدت في يد الزوج ، فعلى ما سبق من حكم النقص في يد الزوج . وإن ولدت في يد الزوجة ، فله الخيار ، إن شاء أخذ نصفها ولا شيء له معه ، وإن شاء رجع إلى نصف القيمة . وأما الولد ، فهل للزوج حق في نصفه ؟ يبنى على أن له قسطاً من الثمن في المبيع ، وفيه قولان سبقا في مواضع . أظهرهما : نعم . فإن قلنا : لا ، فلا حق له فيه ، لأنه حادث في ملكها ، وإن قلنا : نعم ، فوجهان . أحدهما : له فيه حق كما لو أصدقها عينين ، لكن الولد زاد بالولادة ، فلها الخيار . فإن رضيت برجوع الزوج في نصفه ونصف الأم ، أجبر على قبوله . وإن أبت ، قال المتولي : لا يرجع في نصف الجارية للتفريق ، لكن يرجع في نصف قيمتها ونصف قيمة الولد يوم انفصاله . والثاني : لا حق له فيه لأنه لا قيمة له قبل الانفصال .

قلت : الأول أصح . والله أعلم .

ولو كانت الجارية المصدقة حائلاً ، وطلقها حاملاً ، فقد سبق حكمه . فإن ولدت ، ثم طلقها ، فالولد لها ، والقول في الأم كما سبق فيما إذا كانت حاملاً يوم الإصداق وولدت وطلقها ، وإن حبلت في يد الزوج وولد في يدها ، فهل النقص من ضمانه ولها الخيار ، لأن السبب وجد في يده ، أم من ضمانها وله الخيار لأن النقص حصل عندها ؟ وجهان .

فرع : أصدقها حلياً فكسرته ، أو انكسر في يدها وبطلت صنعته ، ثم أعادت المنكسر حلياً ، ثم طلقها قبل الدخول ، نظر ، إن صاغته على هيئة أخرى ، فالحاصل زيادة من وجه ، ونقص من وجه ، فإن اتفقا على الرجوع إلى نصفه ، جاز . وإن أبى أحدهما ، تعين نصف القيمة . وإن عادت الصنعة بحالها ، فهل يرجع في نصف العين بغير رضاها ، أم يعتبر رضاها ؟ وجهان . أصحهما : الثاني ، وبه قال ابن الحداد ، ويجري الوجهان فيما لو أصدقها جارية فهزلت ثم سمنت ، وفيما لو نسي العبد الصنعة ثم تعلّمها . ولو طرأت على عين العبد غشاوة وكان لا يبصر شيئاً ، ثم زالت ثم طلقها ، ففيما علق عن الإمام ، أن الزوج يرجع في نصف العبد بلا خلاف ، كما لو حدث في يدها عيب فزال ثم طلقها . وإذا قلنا في الحلي : يعتبر رضاها ، ففيما يرجع به وجهان . أصحهما : نصف قيمة الحلي بهيئته التي كانت . والثاني : مثل نصفه بالوزن تِبْراً ، وإلا نصف أجرته مثل الصنعة وهي قيمتها ، فعلى الأول ، فيما يقوّم به وجهان . أحدهما وبه قال ابن الحداد : بغير جنسه ، فالمذهب بفضة ، وكذا العكس . والثاني : يقوّم بنقد البلد وإن كان من جنسه ، وبه قال محمد بن نصر المروزي .

ويجري الوجهان في قيمة الصنعة ، ففي وجه : يقوم بغير جنس الحلي ، وفي وجه : بنقد البلد ، وهو الأصح كما سبق في الغصب . ولو كانت المسألة بحالها[1] في إناء من ذهب أو فضة ، بني على جواز اتخاذه . وهل لصنعته قيمة ؟ إن قلنا : لا ، فللزوج الرجوع في نصف العين ، سواء عادت الصنعة الأولى أم غيرها ، إذ لا زيادة . وإن قلنا : نعم ، فكالحلي . ولو غصب جارية مغنية فنسيت عنده الألحان ، هل يردّ معها ما نقص من قيمتها بنسيان الألحان ، أم لا ، لأنه محرَّم فلا عبرة بفواته ؟ وجهان .

قلت : الأصح المنع . والله أعلم .

ولو اشترى مغنيّةً بألفين ، وهي تساوي ألفاً بلا غناء ، ففي صحة البيع ثلاثة أوجه حكاها الشيخ أبو علي . أحدها : البطلان ، لأنه بذل في مقابلة حرام ، وبه أفتى المحمودي . والثاني قاله أبو زيد : إن قصد بالشراء الغناء ، بطل ، وإلا ،

(١) سقط من « ط » .

فلا . والثالث : صحة البيع ، قاله الأودني ، قال : وما سوى ذلك استحسان .

قلت : واختار إمام الحرمين الصحة مطلقاً ، وهو الأصح . ولو بيعت بألف ، فالبيع صحيح بلا خلاف . والله أعلم .

فصل : أصدق ذمي خمراً ، ثم أسلما وترافعا إلينا ، فقد سبق أنه إن كان ذلك بعد القبض ، لم نحكم لها بشيء . وإن كانت غير مقبوضة ، حكمنا بوجوب مهر المثل . ولو صارت الخمرة المصدقة في يده خلا ، ثم أسلما أو أحدهما ، فوجهان . قال ابن الحداد : لا شيء لها إلا الخل . وأصحهما وبه قال القفال : لها مهر المثل ، لأن الخمر لا تصلح صداقاً ، ولا عبرة بذكرها إذا لم يتصل بها قبض قبل الإسلام . ولو أصدقها عصيراً ، فتخمر في يده ، ثم عاد خلا ، ثم أسلما أو ترافعا إلينا ، لزمه قيمة العصير[1] . ولو قبضت الذمية الخمر ، ثم طلقها قبل الدخول ، ثم أسلما أو ترافعا إلينا ، فلا رجوع للزوج لعدم المالية ومنع إمساك الخمر . ولو صارت خلًا عندها ، ثم طلقها قبل الدخول ، فهل للزوج الرجوع إلى نصفه لكون العين باقية وإنما تغيرت صفتها ، أم لا ترجع بشيء لأن حق الرجوع إنما يثبت إذا كان المقبوض مالاً وهنا حدثت المالية في يدها فهو كزيادة منفصلة ؟ فيه وجهان . أصحهما : الأول ، وبه قال ابن الحداد . فعلى هذا لو تلف الخل أو أتلفته ، ثم طلقها ، فوجهان . أصحهما وهو قول الخِضْري : يرجع بمثل نصف الخل . والثاني وبه قال ابن الحداد : لا يرجع بشيء ، لأن الرجوع فيه تعتبر قيمته يوم الإصداق والقبض ، ولا قيمة لهذا يوم الإصداق والقبض . ولو أصدقها جلد ميتة ، فقبضته ودبغته ، ثم طلقها قبل الدخول ، ففي رجوعه في نصفه وجهان مرتبان على تخلّل الخمر ، وأولى بعدم الرجوع ، لأن ماليته حدثت بفعلها ومع الترتيب ، فالأصح الرجوع ، وبه قال ابن الحداد . فعلى هذا : إن هلك الجلد عندها بعد الدباغ ، قال ابن الحداد : لا يرجع . قال الشيخ أبو علي : ينبغي أن لا يرجع هنا بلا خلاف ، بخلاف الخل لأنه مثلي والجلد متقوم ، والنظر في المتقوم إلى وقت الإصداق والإقباض ، ولم يكن له

---

(١) قال الشيخ البلقيني : هذا غير مسلم لأنا إن قلنا بانفساخ عقد الصداق ، فينبغي أن يلزمه مهر المثل ، وإن قلنا ببقائه فلا يلزمه شيء . وإن قلنا لها أن لا تأخذه لهذا العيب فلها مهر المثل ، وحيث قلنا بالبدل فالعصير مثلي لا متقوم ، ثم قال قياس قول ابن الحداد هنا أن يعطيها العصير وهو المختار .

قيمة حينئذ . ولو ارتدت وانفسخ النكاح قبل الدخول ، فالقول في كل الخل وكل الجلد ، كالقول في النصف عند الطلاق .

فصل : كل عمل جاز الاستئجار عليه ، جاز جعله صداقاً وذلك كتعليم القرآن والصنائع ، وكالخياطة والخدمة والبناء وغيرها ، وفيه مسائل .

إحداها : يشترط في تعليم القرآن ليصح صداقاً شرطان .

أحدهما : العلم بالمشروط تعليمه بأحد طريقين .

الأول : بيان القدر الذي يعلمه بأن يقول : كل القرآن أو السبع الأول أو الأخير . وحكي وجه شاذ : أنه لا يشترط تعيين السبع . فإن عين بالسور والآيات ، فعلى ما ذكرناه في الإجارة ، وذكرنا هناك الخلاف في اشتراط قراءة نافع وأبي عمرو وغيرهما . وقطع ابن كج هنا بعدم الاشتراط قال : فلو شرط حرف أبي عمرو ، علمها بحرفه ، فإن علمها بحرف الكسائي ، فهل يستحق أجرة المثل ، أم لا شيء له ؟ وجهان . وحكى قولين في أنها ترجع على الزوج بمهر المثل ، أم بقدر التفاوت بين أجرة التعليم بالحرف المشروط والآخر ؟ فإن لم يكن تفاوت ، لم يرجع بشيء ثم قال : ولا معنى لهذا الاختلاف ، بل الواجب أن يقال : يعلمها بحرف أبي عمرو وهو متطوع[1] بما علم . ثم العلم بهذا يشترط في حق الزوج ، فإن لم يعرف أحدهما أو كلاهما قدر السور والاجزاء والآيات ، قال أبو الفرج الزاز : الطريق التوكيل ، وإلا فيرى المصحف ، ويقال : تعلّم من هذا الموضع إلى هذا ، ولك أن تقول : لا يكفي هذا ، وإذ لا يعرف به صعوبته وسهولته .

قلت : الصواب أنه لا تكفي الإشارة إذا لم يعلمها فيتعين التوكيل . والله أعلم .

الطريق الثاني : تقديرها بالزمان ، بأن يصدقها تعليم القرآن شهراً ، ويعلمها فيه ما شاءت ، كما يخيط الأجير للخياطة ما شاء المستأجر . فلو جمع الطريقين فقال : تعلِّمها في شهر سورة البقرة ، فهو كقوله : استأجرتك لتخيط هذا الثوب اليوم ، وفيه خلاف سبق في الإجارة .

---

(١) في هامش « ط » في الأصل مقطوع وهو خطأ .

الشرط الثاني : أن يكون المعقود على تعليمه قدراً في تعليمه كلفة ، فإن لم يكن ، بأن شرط تعليم لحظة لطيفة ، أو قدر يسير وإن كان آية ، كقوله تعالى : ﴿ ثم نظر ﴾[1] لم يصح الإصداق وهو كبيع حبة حنطة .

الثانية : أصدقها تعليم الفاتحة وهو متعين للتعليم ، ففي صحة الإصداق وجهان ، كنظيره في الإجارة . أصحهما : الصحة . ولو نكحها على أداء شهادة لها عنده ، أو نكح كتابية على أن يلقنها[2] كلمة الشهادة ، لم يصح الصداق ، قاله البغوي .

الثالثة : إذا كان الزوج لا يحسن ما شرط تعليمه ، فإن التزم التعليم في الذمة ، جاز ثم يأمر بتعليمها أو يتعلم ويعلمها . وإن كان الشرط أن يعلمها بنفسه ، فهل يصح ثم يتعلم ويعلمها ، أم لا يصح لعجزه ؟ وجهان . أصحهما : الثاني . ولو شرط أن يتعلم ثم يعلمها ، لم يصح أيضاً ، لأن العمل متعلق بعينه ، والأعيان لا تقبل التأجيل . قال المتولي : فإن صححنا فأمهلته ليتعلم ، فذاك ، وإلا فهو معسر بالصداق . ولو أراد الزوج أن يقيم غيره يعلمها ، جاز إن كان التزم في الذمة ، وإلا فلا . ولو أرادت أن تقيم غيرها متعلما ، فهل يجبر الزوج كالمستأجر للركوب يركب غيره ، أم لا لاختلاف الناس في الفهم والحفظ ؟ وجهان . أصحهما عند الجمهور الثاني ، وخالفهم الإمام ، ومنهم من جعل الخلاف في جواز الإبدال مع التراضي . ولو فرض عقد مجدد ، فأبدلت منفعة بمنفعة ، جاز قطعاً .

الرابعة : أصدقها تعليم ولدها ، لم يصح الصداق كما لو شرط الصداق لولدها . وإن أصدقها تعليم غلامها ، قال البغوي : لا يصح كالولد . وقال المتولي : يصح ، وهذا أصح . ولو وجب عليها تعليم الولد أو ختان[3] العبد ، فشرطته صداقاً ، جاز .

الخامسة : لو تعذر التعليم ، بأن تعلمت من غيره ، أو كانت بليدة لا تتعلم ، أو لا تتعلم إلا بكلفة عظيمة ويذهب الوقت في تعليمها فوق العادة ، أو ماتت أو مات

---

(١) سورة المدثر الآية (٢١) .

(٢) في هامش « ط » في الأصل : واختارت ، وهو خطأ .

الزوج والشرط أن يعلم بنفسه ، ففي الواجب القولان السابقان فيما لو تلف الصداق قبل القبض . فعلى الأظهر : يجب مهر المثل ، وعلى الآخر : أجرة التعليم .

السادسة : قال : علمتك وأنكرت ، فإذا لم تحسنه ، صدقت ، وإن أحسنته وادعت التعلم من غيره ، فأيهما يصدق ؟ وجهان لتعارض الأصل والظاهر ، أصحهما : هي .

السابعة : أصدقها تعلم سورة ، فعلمها ثم طلقها ، إن كان بعد الدخول ، فذاك ، وإلا ، فيرجع عليها بنصف أجرة التعليم ، وإن طلقها قبل التعليم ، فقد استحقت جميع التعليم إن دخل ، وإلا ، فتعليم النصف ، وفيه وجهان . أحدهما : يعلمها وراء حجاب بغير خلوة . وأصحهما وهو المنصوص في « المختصر » : أنه قد تعذر التعليم ، لأنها قد صارت أجنبية ، ولا تؤمن مفسدة . فعلى هذا . ترجع بمهر المثل على الأظهر إن دخل ، وإلا فنصفه ، وعلى الآخر : ترجع بأجرة التعليم أو نصفها[1] .

الثامنة : نكح كتابية على تعليم القرآن ، فإن توقع إسلامها ، صح الصداق ، وإلا فسد ، ومال جماعة إلى الجواز مطلقاً . ولو نكح مسلمة أو كتابية على تعليم التوراة والإنجيل ، لم يصح ، لأنه لا يجوز الاشتغال به لتبديله ، والواجب في هذه الحالة مهر المثل قطعاً ، إذ لا قيمة للمسمى . ولو نكح ذمي على تعليم التوراة والإنجيل ، ثم أسلما أو ترافعا بعد التعليم ، لم نوجب شيئاً آخر ، وإن كان قبل التعليم ، أوجبنا مهر المثل كما في الخمر .

---

(١) قال الشيخ البلقيني : لو كانت صغيرة لا تشتهى أو صارت محرماً برضاع ، حصلت به الفرقة أو عقد عليها بعد ذلك ، ينبغي أن لا يتعذر التعليم لفقد العلة ، ولو أبرأته عقب الطلاق مما في ذمته لها من التعليم ، برىء .

وقال في الخادم : محله أي كلام الشيخ المصنف ما إذا كان التعليم مستحقاً عليه في عينه ، فإن كان في ذمته فلا يتعذر ، بل يستأجر لها من النساء أو من ذوي المحارم من الرجال من يعلمها ، صرح به صاحب الوافي وهو حسن ، وقد قال الرافعي انه إذا أصدقها التعليم وهو لا يحسن ، فإن كان في الذمة جاز ، ويأمر غيره بتعليمها . وقال أيضاً النووي تابعه في الروضة مع أنه جزم في أول باب النكاح من زيادة المنهاج بإباحة النظر للتعليم وقد جمع بينهما يشير إلى السبكي بأمرين أحدهما أن المراد بالتعليم الذي يبيح النظر هو التعليم الواجب كقراءة الفاتحة ونحوها . والثاني أن ها هنا أمراً آخر وهو تعسر الوقوف على تشطر الصداق . انتهى .

التاسعة : أصدقها تعليم فقه ، أو أدب أو طب أو شعر ونحوها مما[1] ليس بمحرم ، صح الصداق . وإن كان محرّما كالهجو والفحش ، لم يصح .

العاشرة : نكحها على أن يرد عبدها الآبق ، أو جملها التائه وكان الموضع معلوماً ، صح . وإن كان مجهولاً ، فقولان . أحدهما : يصح كالجعالة . والمشهور : المنع ، ويجب مهر المثل ، بخلاف الجعالة ، فإنها عقد جائز احتملت الجهالة فيها للحاجة . فإن رده ، فله أجرة مثل الرد ، ولها مهر المثل . وإذا صح الصداق ، فطلقها بعد رد العبد وقبل الدخول ، استردَّ منها نصف أجرة المثل . وإن طلقها قبل الرد ، فإن كان بعد الدخول ، فعليه الرد . وإن كان قبله ، فعليه الرد إلى نصف الطريق ، ثم يسلمه إلى الحاكم . فإن لم يكن حاكم ، أو لم يكن موضعاً يمكن تركه فيه ، ولم يتبرع بالرد إليها ، قال المتولي : يؤمر برده إليها ، وله عليها نصف أجرة المثل . ولو تعذر رده برد غيره ، أو رجوعه بنفسه أو بموته ، فقد فات الصداق قبل القبض ، فترجع إلى مهر المثل على الأظهر ، وعلى الآخر : إلى أجرة الرد .

الحادية عشرة : نكحها على خياطة ثوب معلوم ، جاز ، وله أن يأمر بالخياطة إن التزم في الذمة ، وإن نكح على أن يخيط بنفسه ، فعجز بأن سقطت يده أو مات ، ففيما عليه ؟ قولان . أظهرهما : مهر المثل . والثاني : أجرة الخياطة . ولو تلف ذلك الثوب ، فوجهان . أصحهما : تلف الصداق فيعود القولان في مهر المثل والأجرة . والثاني : تأتي بثوب مثله ليخيطه . وإن طلقها بعد الخياطة قبل الدخول ، فله عليها نصف أجرة المثل . وإن طلقها قبل الخياطة ، فإن دخل بها ، فعليه الخياطة ، وإلا خاط نصفه . فإن تعذر الضبط ، عاد القولان في أنه يجب مهر المثل أم الأجرة ؟

الثانية : قال المتولي : لو كان له عليها قصاص فنكحها ، وجعل النزول عن القصاص صداقاً ، جاز . ولو جعل النزول عن الشفعة ، أو حدّ القذف صداقاً ، لم يجز ، لأنه لا يقابل بمال ، ولا يجوز جعل طلاق امرأة صداقاً لأخرى ، ولا بضع أمته صداق المنكوحة .

---

(١) في هامش « ط » في الأصل « ما » .

فصل : إذا أثبتنا الخيار للمرأة بسبب زيادة الصداق، أو له بنقصه، أو لهما بهما ، لم يملك الزوج النصف قبل أن يختار من له الخيار الرجوع إن كان الخيار لأحدهما ، وقبل أن يتوافقا إن كان الخيار لهما وإن قلنا : الطلاق يشطر الصداق بنفسه ، وليس لها الخيار على الفور ، بل هو كخيار الرجوع على الهبة ، لكن إذا توجهت مطالبة الزوج ، لا تمكن هي من التأخير ، بل تكلف اختيار أحدهما . وإذا طلب الزوج ، فلا يعين في طلبه العين ولا القيمة ، لأن التعيين يناقض تفويض الأمر إليها ، لكن يطالبها[1] بحقه عندها ، فإن امتنعت ، قال الإمام : لا يقضي القاضي بحبسها لبذل العين أو القيمة ، بل يحبس العين عنها إن كانت حاضرة ، ويمنعها من التصرف فيها ، لأن تعلق حق الزوج بالصداق فوق تعلق حق المرتهن بالمرهون والغرماء بالتركة . فإن أصرت على الامتناع ، فإن كان نصف القيمة الواجبة دون نصف العين للزيادة[2] الحادثة ، باع ما يفي بالواجب من القيمة . فإن لم يرغب في شراء البعض ، باع الكل وصرف الفاضل عن القيمة الواجبة إليها . وإن كان نصف العبن مثل نصف القيمة الواجبة ، ولم تؤثر الزيادة في القيمة ، ففيه احتمالان للإمام . أصحهما وبه قطع الغزالي : تسلم نصف العين إليه ، إذ لا فائدة في البيع ، فإذا سلم إليه ، أفاد قضاؤه ثبوت الملك له . والثاني : لا تسلم إليه العين ، بل يبيعه ، فلعله يجد من يشتريه بزيادة .

فرع : إذا وجب الرجوع إلى القيمة بهلاك الصداق ، أو خروجه عن ملكها ، أو زيادة فيه أو نقص ، فالمعتبر الأقل من قيمة يوم الإصداق ويوم القبض . لكن لو تلف الصداق في يدها بعد الطلاق ، وقلنا : إنه مضمون عليها ، اعتبرت قيمة يوم التلف ، لأنه تلف ملكه تحت يد مُضمِّنة .

الطرف الثالث : في بيان حكم التشطر بعد تصرفها في الصداق ، وفيه مسائل .

إحداها : إذا زال ملكها عنه ببيع أو هبة مقبوضة ، أو إعتاق ، فليس للزوج نقض تصرفها لطلاقه قبل الدخول ، بل زوال ملكها كالهلاك ، ويرجع الزوج إلى

---

(١) في هامش « ط » في الأصل : يطلبها .

(٢) في هامش « ط » في الأصل : الزيادة .

نصف بدله وهو المثل إن كان مثلياً ، وإلا فالقيمة . وإن لم يزل الملك ، بل تعلق به حق ، فإن كان غير لازم ، بأن أوصت به ، أو وهبته ، أو رهنته ولم يقبض ، فللزوج الرجوع في نصفه . وفي « الشامل » وغيره ، نقل قول انه لا يرجع في نصف الموهوب وإن لم يقبض ، لئلا يبطل تصرفها في ملكها ، وحق هذا أن يطرد في الرهن والوصية . وإن باعت بشرط الخيار وطلقها في مدته ، فإن جعلنا الملك للبائع ، فهو كالهبة قبل القبض ، وإن جعلناه للمشتري ، فلا رجوع في العين . وإن كان الحق لازماً ، بأن رهنته وأقبضته ، فليس له الرجوع إلى نصفه . وإن أجرته ، فقد نقص الصداق باستحقاق المستأجر منفعته ، فإن شاء الزوج رجع إلى نصف القيمة في الحال ، وإن شاء رجع إلى نصف العين مسلوبة المنفعة مدة الإجارة[1] . فلو قال : أنا أصبر إلى انفكاك الرهن وانقضاء مدة الإجارة ، نظر ، إن قال : أتسلمه ثم أُسلمه إلى المرتهن أو المستأجر ، فليس لها الامتناع . وإن قال : لا أتسلمه وأصبر ، فلها الامتناع ، وتدفع إليه نصف القيمة لما عليها من خطر الضمان ، هذا إن قلنا : الصداق في يدها مضمون بعد الطلاق وهو الأصح . وإن قلنا : لا ضمان أو أبرأها عن الضمان وصححنا الإبراء ، فهل عليها الإجابة ، أم لا لأنه قد يبدو له فيطالبها بالقيمة وتخلو يدها عنها ؟ وجهان ، فإن لم نوجب الإجابة ولم نطالبها حتى انفك الرهن ، وانقضت مدة الإجارة ، فهل يتعلق حقه بالعين لزوال المانع ، أم تتعين القيمة ، لأن المانع نقل حقه إليها ؟ وجهان . وتزويج جارية الصداق كالإجارة . ولو زال ملكها وعاد ثم طلقها ، فهل يتعلق حقه بالعين أم بالقيمة ؟ وجهان سبقت نظائرهما في الفلس والهبة . أصحهما هنا عند الجمهور : التعلق بالعين ، لأن حقه لا يختص بالعين ، بل يتعلق بالبدل ، فالعين العائدة أولى من البدل ، هذا إذا زال الملك بجهة لازمة ، فإن زال بغير لازم ، بأن باع بالخيار ، وقلنا : يزول الملك وفسخ البيع ، ثم طلقها ، فالخلاف مرتب في التعلق بالعين ، وأولى بالثبوت . ولو كاتبت عند الصداق وعجز نفسه ثم طلقها ، فعن القاضي حسين إجراؤه مجرى الزوال اللازم . وقال الإمام : هذا أولى بالثبوت ، لأن المكاتب عبد ما بقي عليه درهم ، ولا شك أن عروض الرهن وزواله قبل الطلاق لا يؤثر .

---

(١) هذا ظاهر إذا أجرته لغيره ، أما لو أجرته له فقد تقدم قريباً أنه على رأي ابن الحداد تنفسخ الاجارة .

المسألة الثانية : أصدقها عبداً فدبرته ، ثم طلق قبل الدخول ، فالمذهب أنه لا يرجع فيه وهو المنصوص في « المختصر » ، وهو ظاهر نصه في « الأم » أيضاً سوى جعل التدبير وصية أم تعليقها[1] بصفة ، لأن التدبير قربة يتعلق بها غرض لا يتقاعد عن الزيادة المتصلة التي لا تؤثر في القيمة . وقيل : في الرجوع قولان ، إن قلنا : التدبير وصية ، رجع ، وإلا ، فلا . وقيل : يرجع قطعاً ، وهو ضعيف . ثم قال أبو إسحاق المروزي وغيره : الخلاف فيما إذا كانت موسرة تتمكن من أداء القيمة . فإن لم تكن ، رجع إلى نصف العبد قطعاً . ويتعلق بهذا الخلاف فروع .

الأول[2] : إن قلنا بالرجوع ، فالمفهوم من كلام الجمهور أن الزوج يستقل به ، ولا حاجة إلى تقدم رجوع المرأة . وقال الحناطي : يحتمل أن يقال : تجبر المرأة على الرجوع وإعطاء الزوج النصف . فإن امتنعت ، قام الحاكم مقامها ففسخه .

الثاني : لو رجعت عن التدبير بالقول وجوزناه ثم طلقها ، وقلنا : التدبير يمنع الرجوع ، فطريقان . أحدهما : القطع بتمكنه من الرجوع إلى نصفه ، لأن الملك لم يزل عنه . والثاني : أنه كما لو دبرته ثم باعته ثم ملكته ثم طلقها ، فيعود الوجهان السابقان في عود الملك بعد زواله . أصحهما : التمكن ، ومع هذا التمكن لو تركه وطلب نصف القيمة ، أُجيب إليها خوفاً من أن يقضي قاضٍ ببطلان الرجوع والبيع . ولو طلقها وهو مدبر ، وقلنا : حق الزوج في القيمة ، فرجعت عن التدبير باللفظ وجوزناه ، أو بإزالة الملك عنه ، ثم عاد إليها قبل أخذ القيمة ، ففي الرجوع إلى نصف العبد وجهان يجريان فيما لو طلقها والصداق ناقص ، ثم زال نقصه قبل أخذ القيمة ، وفيما إذا طلقها وملكها زائل عن الصداق ثم عاد قبل أخذ القيمة .

الثالث: لو علقت عتق العبد على صفة، فهل يمنع الرجوع؟ قيل: إن قلنا: التدبير يمنع ، فالتعليق أولى ، وإلا ، فوجهان لقوة التعليق . وقيل : إن لم يمنع التدبير ، فالتعليق أولى ، وإلا فوجهان ، لأن التدبير قربة محضة ، والتعليق يراد به

---

(١) في « ط » الأم تعليقاً .

(٢) في « ط » الفرع الأول .

منع أو حث ، وبهذا قال الشيخ أبو محمد ، وبالأول قطع البغوي وقال : المذهب منع الرجوع . ولو أوصت للعبد بعتقه ، فهل هو كالتدبير في منع الرجوع ؟ وجهان . أصحهما : لا .

الرابع : إذا جوزنا للزوج الرجوع في النصف ، فرجع ، بقي النصف الآخر مدبراً على الصحيح . وحكى الحناطي وجهاً ، أنه ينتقض التدبير في جميعه .

الخامس : إذا قلنا : التدبير يمنع التشطر ، فهل يمنع رجوع البائع فيما لو باع عبداً بثوب وتقابضا ، ثم دبَّره المشتري ، ثم وجد البائع بالثوب عيباً ؟ وكذا هل يمنع رجوع الواهب ؟ فيه وجهان . أحدهما : نعم ، وأصحهما : لا بل يرجع وينقض التدبير لقوة الفسخ ، ولهذا الزيادة المتصلة تمنع رجوع[1] التشطر دون الفسخ .

المسألة الثالثة : سبق في « كتاب الحج » خلاف في أن المحرم هل يملك الصيد بالشراء والهبة ؟ وهل يزول ملكه إذا أحرم عن صيده ؟ وهل يملكه بالإرث ؟ فلو أصدقها صيداً ثم أحرم ، ثم ارتدت ، عاد الصيد إلى ملكه على الصحيح ، وفيه الوجه الضعيف المذكور في الإرث ، لأنه لا اختيار له فيه . وإن طلقها قبل الدخول ، بني على أن النصف يعود إليه بنفس الطلاق أم باختياره ؟ إن قلنا : باختياره فليس له الاختيار ما دام محرماً ، فإن فعل ، كان كشرائه . وإن قلنا : بنفس الطلاق ، ففي عود النصف إليه في الإحرام وجهان . أحدهما : لا . وينتقل إلى القيمة ، لأن المحرم لا يملك الصيد باختياره ، والطلاق باختياره . وأصحهما : العود ، لأن الطلاق لا ينشأ لاجتلاب الملك ، فأشبه الإرث ، ثم إذا عاد إليه الكل بالردة ، لزمه إرساله ، لأن المحرم ممنوع من إمساك الصيد ، كذا ذكر الشيخ أبو علي وغيره في هذه المسألة ، وهو وجه ذكرناه في « الحج » ، تفريعاً على أن المحرم يرث الصيد ، باختياره ، وحكينا عن بعضهم ، أنه يزول ملكه مجرد الإرث ، ولا فرق بين البابين . وإذا عاد النصف بالطلاق ، وقلنا : يجب الإرسال ولا يزول الملك ، فلا يمكن إرسال النصف إلا بإرسال الكل ، فخرَّج مخرِّجون وجوب الإرسال على الأقوال في

(١) سقط من « ط » .

ازدحام حق الله تعالى وحق الآدمي . إن قدمنا حق الله تعالى ، لزمه الإرسال وغرم لها نصف القيمة ، وإن قدمنا حق الآدمي ، لم يجب الإرسال . فإن تلف في يده أو يدها ، فعليه نصف الجزاء . وإن سوَّينا ، فالخيرة إليهما . فإن اختار الإرسال ، غرم لها النصف ، وإلا بقي مشتركاً بينهما وهو ضامن لنصف الجزاء ، وهذا التخريج ضعيف ، لأن الخلاف في الازدحام على شيء واحد ، كالتركة إذا ازدحم فيها دين وزكاة ، ونصيب المرأة لا ازدحام فيه . وإذا تضمن إرسال المحرم فوات ملك غيره ، وجب أن يمنع ، وبهذا قطع الشيخ أبو علي ، وعلى التخريج ينبغي أن يخص وجوب الإرسال بالموسر كسراية العتق .

الطرف الرابع : فيما إذا وهبته الصداق ثم طلقها قبل الدخول ، ونصدِّره بقاعدتين مستمدتين من قول الله تعالى : **﴿وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فَرضْتُم لهنّ فريضةً ، فنصفُ ما فرَضْتُم إلا أن يعفون أو يعفُو الذي بيَدِه عقدة النكاح﴾**[1] . ومعنى الآية ، أن الطلاق قبل الدخول ينصف الصداق ، إلا أن تعفو الزوجة وتتبرَّع بحقها ، فيعود جميع الصداق إلى الزوج . وفيمن بيده عقد النكاح ، قولان . القديم : إنه الولي ، والمعنى : إلا أن تعفو المرأة أو وليها إن لم تكن هي أهلاً للعفو . والجديد : أنه الزوج ، والمعنى : أن يعفو الزوج عن حقه فيخلص لها جميع الصداق .

القاعدة الأولى : في ألفاظ التبرع . فالواجب عند الطلاق قبل الدخول ، دين أو عين ، والدين قد يكون في ذمته ، وقد يكون في ذمتها بأن قبضته وتلف عندها ، فينظر ، إن تبرع مستحق الدين بإسقاطه ، نفذ بلفظ العفو والإبراء والإسقاط والترك . وحكى الحناطي وجهين في أن لفظ الترك ، صريح أو كناية ؟ ولا حاجة في هذه الألفاظ إلى قبول من عليه على الصحيح ، وينفذ أيضاً بلفظ الهبة والتمليك ، وفيهما وجه حكاه ابن كج . والصحيح الأول . وهل يفتقر اللفظان إلى القبول ؟ وجهان . أصحهما : لا ، وبه قطع البغوي اعتماداً على حقيقة التصرف وهو الإسقاط . أما إذا

(١) سورة البقرة الآية (٢٣٧) .

تبرع من في ذمته بالنصف الآخر ، فالطريق أن ينقل[1] ويملكه ويقبله صاحبه ويقبضه ، فإنه ابتداء هبة ، ولا ينتظم لفظ العفو والإبراء من جهته . لكن لو كان الصداق في ذمة الزوج ، وقلنا : لا يشترط إلا باختياره ، فقال : عفوت ، سقط اختياره كعفوه عن الشفعة ، ويبقى جميع الصداق لها في ذمته . أما إذا كان الصداق عيناً ، فالتبرع فيها هبة . فإن كانت في يد المتبرع ، اشترط الإيجاب والقبول والقبض . وإن كانت في يد الآخر ، فهو هبة لمن المال في يده ، فتعتبر مدة إمكان القبض . وفي افتقاره إلى إذن جديد ، في القبض بهذه الجهة خلاف سبق في « كتاب الرهن » . وإن كانت العين عند الطلاق في يد الزوج ، فذلك قد يكون بعد قبضها ، وقد يكون باستمرار يده السابقة قبل الإصداق . وعلى التقدير الثاني ، يزيد النظر في أن تبرعها كهبة المبيع للبائع قبل القبض إذا قلنا : الصداق في يده مضمون ضمان العقود ، ثم التبرع في العين ينفذ بلفظ الهبة والتمليك ، ولا ينفذ بلفظ الإبراء والإسقاط على المذهب . وحكى الحناطي فيهما[2] وجهين . وينفذ بلفظ العفو على الأصح لظاهر القرآن ، هذا في تبرعها وتبرعه إذا ملكناه بنصف الطلاق ، فأما إذا قلنا : له خيار التملك ، فيعتبر لفظ العفو في إسقاط الخيار ويبقى الجميع لها .

القاعدة الثانية : هل للولي العفو عن صداقها ؟ قولان بناءً[3] على أن من هو الذي بيده عقدة النكاح ؟ الجديد : المنع ، والقديم : الجواز بخمسة شروط . أن يكون أباً أو جداً ، وأن تكون بكراً عاقلة صغيرة ، وأن يكون بعد الطلاق ، وأن يكون قبل الدخول ، وأن يكون الصداق ديناً ، هذا هو المذهب تفريعاً على القديم . وفي وجه : له العفو في الثيب والمجنونة والبالغة والمحجور عليها والرشيدة ، وقبل الطلاق إذا رآه مصلحة ، وعن العين أيضاً . والصحيح الأول . ولو زوجها الأب ومات ، ففي صحة عفو الجد وجهان[4] ، لأن الصداق لم يثبت به لكنه ولي . ولو خلعها الولي على نصف الصداق وجوزنا العفو ، صحت المخالعة ، قاله المتولي

---

(١) في هامش « ط » في الأصل : أن ينفذه .

(٢) في هامش « ط » في الأصل : فيها ، وهو خطأ .

(٣) في هامش « ط » في الأصل بنى .

(٤) أي تفريعاً على القديم وجهان ، سكت عن الترجيح .
قال الشيخ البلقيني : الأصح أن له العفو في المتعة .

وغيره . وفي « الوسيط » في صحة الخلع مع صحة العفو وجهان . والأول أشبه .

فصل : وهبت لزوجها الصداق المعين ، فطلقها قبل الدخول ، فقولان . أحدهما وهو القديم وأحد قولي الجديد والراجح عند البغوي أنه لا يرجع عليها بشيء[١] . والثاني : وهو الأظهر عند الجمهور ، منهم العراقيون ، والإمام ، والروياني : يرجع بنصف بدل المثل أو القيمة[٢] . وقيل : إن وهبته قبل القبض ، لم يرجع قطعاً . والمذهب طرد القولين ، سواء قبضته أم لا .

ولو كان الصداق ديناً فأبرأته منه ، لم يرجع على المذهب[٣] . ولو وهبت له الدين ، فالمذهب أنه كالإبراء . وقيل : كهبة العين . ولو قبضت منه الدين ثم وهبته له ، ثم طلقها ، فكهبة العين . وقيل : له الرجوع قطعاً بناء على أنه لا يتعين فيما دفع عن الدين لو طلقها وهو باقٍ عندها . ولو وهبت له الصداق ، ثم ارتدت قبل الدخول ، أو فسخ أحدهما بعيب ، ففي الرجوع بالجميع مثل الخلاف في النصف إذا طلق . ولو باع عبداً بجارية ، ووهب الجارية لبائعها ، ثم وجد بائعها بالعبد عيباً[٤] فأراد رده بالعيب ، ففي تمكنه منه ومن المطالبة بقيمة الجارية وجهان مأخوذان من هبة الصداق ، ويجريان في تمكنه من[٥] طلب الأرش لو رأى عيباً بعد هلاك العبد ، أو حدث به عيب يمنع الرد . وفيما لو أبرأ المكاتب عن النجوم وعتق ، هل له مطالبة السيد بالإيتاء ؟ ولو وهب المشتري المبيع للبائع ، ثم أفلس بالثمن ، فللبائع المضاربة مع الغرماء بلا خلاف، لأن الموهوب غير المستحق وهو الثمن . وفي الصورة السابقة ، الموهوب هو المستحق ، فالهبة تعجيل على قول . وطرد الحناطي الخلاف في مسألة الفلس . ولو ادعى عيناً وأخذها ببينة ثم وهبها للمدعى عليه ، ثم رجع الشهود وقلنا بتغريم شهود المال ، فهل للمدعى عليه تغريم الشهود ؟ فيه طريقان . أحدهما : على وجهين أخذاً من هبة الصداق . والثاني : القطع بالمنع ،

---

(١) لأنها عجلت له ما يستحق بالطلاق ، فأشبه تعجيل الدين قبل الدخول ومنع الأظهر كونه تعجيلاً لحقه ، فإنه لو صرحت بالتعجيل لم يصح .

(٢) لأنه ملك المهر قبل الطلاق من غير جهة الطلاق .

(٣) لأنها لم تأخذ منه مالاً ولم تتحصل منه على شيء بخلافها على هبة العين .

(٤) في هامش « ط » في الأصل رداً .

(٥) في هامش « ط » في الأصل في .

لأن المدعى عليه لا يقول بحصول الملك بالهبة ، بل يزعم دوام الملك السابق ، وفي الصداق زال الملك حقيقة وعاد بالهبة .

قلت : هذا الثاني هو الصحيح . والله أعلم .

فرع : وهبت الصداق للزوج ، على أنه إن طلقها كان ذلك عن مستحقه بالطلاق ، فوجهان . أحدهما : فساد الهبة ويبقى الصداق ملكاً لها . فإن طلق ، تشطر . والثاني : يصح ولا رجوع بالطلاق ، كما لو عجل الزكاة ، وليكن الوجهان مبنيين على أن الهبة المطلقة هل تمنع الرجوع ؟ إن قلنا : تمنع ، فهذا تصريح بمقتضاها[١] ، فيصح ولا رجوع ، وإلا فتفسد بالشرط الفاسد .

فرع : وهبته نصف الصداق ، فطلق قبل الدخول . فإن قلنا : هبة الكل لا تمنع الرجوع ، فهنا أولى ، وإلى ماذا يرجع ؟ فيه ثلاثة أقوال . أظهرها[٢] : إلى نصف الباقي وربع بدل الجملة . والثاني : إلى نصف الباقي . والثالث : يتخير ، إن شاء أخذ بدل نصف الجملة ، وإن شاء أخذ نصف الباقي وربع بدل الجملة . وإن قلنا : هبة الكل تمنع الرجوع ، فهل يرجع بالنصف الباقي ، أم بنصف الباقي ، أم لا يرجع بشيء ؟ فيه ثلاثة أقوال . أظهرها : الثالث وهو نصه في « المختصر » ، فحصل في المسألة خمسة أقوال . ولو كان الصداق ديناً وأبرأته من نصفه ثم طلقها ، قال المتولي : إن قلنا : لو أبرأت عن الجميع يرجع ، فهنا يسقط عنه النصف الباقي . وأيضاً إن قلنا : لا يرجع بشي ، فهنا وجهان . أحدهما : يحسب عليه . والثاني : يسقط عنه النصف الباقي . ولو أبرأ المشتري عن نصف الثمن ، ثم وجد المشتري بالمبيع عيباً وأراد رده ، فحكمه كما ذكرنا في الإبراء عن نصف الصداق . ولو أبرأه عن عشر الثمن ، واطلع على عيب قديم ، وحدث عنده عيب ، وأرش العيب القديم العشر ، فالمذهب أنه يطالب بالأرش .

فصل : خالعها قبل الدخول على غير الصداق ، فله المسمى ولها نصف الصداق . وإن خالعها على جميع الصداق ، فقد خالع على ماله ومالها ، لعود[٣]

---

(١) في هامش « ط » في الأصل : بمقتضاه .
(٢) في هامش « ط » في الأصل : أظهرهما .
(٣) في هامش « ط » في الأصل : ثم يعود .

النصف إليه بالخلع ، فتقع البينونة وتبطل التسمية في نصيبه ، وفي نصيبها قولا تفريق الصفقة . إن لم نصحح ، بقي لها عليه نصف الصداق . وفيما له عليها قولان . أظهرهما : مهر المثل . والثاني : مثل الصداق أو قيمته . وإن صححنا التسمية في نصيبها ، قال الإمام وغيره : يثبت للزوج الخيار إن كان جاهلاً بالتشطير والتفريق . فإن فسخ ، عاد القولان في أن الرجوع بمهر المثل أم بدل المسمى . وإن جاز، فعلى القولين المذكورين في البيع ، أن يجبر ما صح العقد فيه بكل الثمن ، أم بالقسط إن قلنا : بالكل ، فلا شيء له سوى النصف الذي صح الخلع فيه . وإن قلنا : بالقسط ، رجع عليها بنصف مهر المثل على الأظهر ، وعلى الآخر : بمثل نصف الصداق أو قيمته . وإن خالعها على نصف الصداق ، نظر ، إن قال : بالنصف الباقي لك بعد الفراق ، صح وبرىء عن جميع الصداق إن كان ديناً ، ويعود إليه الملك في جميعه إن كان عيناً . وإن أطلق ، فقولان بناء على أن تصرف أحد الشريكين في النصف المطلق من العين المشتركة نصفين ، هل ينزَّل على النصف الذي له ، أم يشيع أحدهما ينزل على نصيبهما ويكون كما لو قيد بنصفها ؟ وأظهرهما عند الأكثرين : يشيع لإطلاق[1] اللفظ ، وكأنه خالع على نصف نصيبها ونصف نصيبه ، فيبطل في نصف نصيبه ، وفي نصيبها القولان . إن لم يصح ، بقي لها عليه نصف الصداق ، وله عليها مهر المثل على الأظهر ، ومثل نصف الصداق أو قيمته في الآخر . وإن صح في نصف نصيبها ، فلها عليه ربع الصداق ويسقط الباقي بحكم التشطر[2] وعوض الخلع ، ثم أحد القولين أنه لا يستحق لعوض الخلع إلا الربع الذي صح الخلع فيه . وأظهرهما : أن له مع ذلك نصف مهر المثل على الأظهر ، وربع مثل الصداق أو قيمته على قول . ومن الأصحاب من يقول : كل الصداق لها حتى يتفرقا ، فيصح أن نجعله[3] أو بعضه عوضاً ، ثم إذا تفرقا بالخلع ، سقط النصف ، فهو كما لو خالعها على عين وتلف نصفها قبل القبض ، فيرجع بمهر المثل في قول ، وبدل التالف في قول .

فرع : عن ابن سريج ، قالت : خالعني على أن لا تبعة لك عليَّ في

(١) في هامش « ط » في الأصل : الاطراق .

(٢) في هامش « ط » في الأصل : التشريط ، وهو خطأ .

(٣) في هامش « ط » في الأصل : جعله .

المهر ، صح . ومعناه : على ما سلم لي من المهر .

الباب الخامس
في المتعة[١]

هي اسم للمال الذي يدفعه الرجل إلى امرأته لمفارقته إياها ، والفرقة ضربان . فرقة تحصل بالموت ، فلا توجب متعة بالإجماع ، وفرقة تحصل في الحياة كالطلاق . فإن كان قبل الدخول ، نظر ، إن لم يشطر[٢] المهر ، فلها المتعة[٣] ، وإلا ، فلا على المشهور . وإن كان بعد الدخول ، فلها المتعة على الجديد الأظهر . وكل فرقة من الزوج لا بسبب فيها ، أو من أجنبي ، فكالطلاق ، مثل أن ارتد أو أسلم أو لاعن ، أو أسلم على أكثر من أربع نسوة وفارق بعضهن ، أو وطىء أبوه أو ابنه زوجته بشبهة ، أو أرضعت أمه أو بنته زوجته الصغيرة[٤] ، والخلع كالطلاق على الصحيح . ولو فوض الطلاق إليها فطلقت ، فكتطليقه . ولو علق الطلاق بفعلها ، ففعلت ، أو آلى منها ، ثم طلق بعد المدة بطلبها ، فكالطلاق على الصحيح .

قلت : ويجيء هذا الوجه في تطليقها . والله أعلم .

ولو ارتدا معاً ، فلا متعة على الأصح[٥] . وكل فرقة منها أو لسبب فيها ، لا متعة فيها ، كردتها وإسلامها ، وفسخها بإعساره ، أو عتقها ، أو تغريره[٦] ، أو عيبه ،

---

(١) وهي بضم الميم وحكي كسرها ، مشتقة من المتاع ، وهو ما يستمتع به .

(٢) في هامش « ط » في الأصل بشرط ، وهو خطأ .

(٣) بأن كانت مفوّضة ولم يفرض لها شيء ، وادعى الامام فيه الاجماع لقوله تعالى : ﴿ **لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن** ﴾ .
ولأن المفوضة لم يحصل لها شيء ، فيجب لها متعة للإيحاش بخلاف من وجب لها الشطر .

(٤) استشكل التصوير بأن المتعة قبل الدخول إنما تجب للمفوضة التي لم يفوض لها وتفويض بضع الصغيرة لا يصح ، وأجاب بعضهم بتصويرها في الأمة الصغيرة يزوجها سيدها على صورة التفويض بعبد ، ولا يصح التصوير بأن يزوجها حراً لعدم صحة النكاح لأنها لا تعفه .

(٥) عبارة الرافعي ففي المتعة وجهان كالوجهين في التشطير إذا ارتدا معاً قبل الدخول والأصح المنع أسقط الشيخ من كلام الرافعي مسألة التشطير إذا ارتدا معاً وهي مسألة نفيسة خلت الروضة عنها في النزاع في الصداق .

(٦) في هامش « ط » في الأصل : يغيره ، وهو خطأ .

أو فسخه بعيبها . ونقل المزني إثبات المتعة إذا فسخت بالتعيين ، فجعله بعضهم قولاً آخر ، وأنكره الجمهور . ولو كانت ذمية صغيرة تحت ذمي ، فأسلم أحد أبويها وانفسخ النكاح ، فلا متعة كما لو أسلمت بنفسها . ولو اشترى زوجته ، فلا متعة على الأظهر . وقال أبو إسحاق : إن استدعاه الزوج ، وجب ، وإن استدعاه السيد ، فلا .

فرع : يسوى في المتعة ، المسلم ، والذمي ، والحر ، والعبد ، والحرة ، والذمية ، وهي في كسب العبد ، ولسيد الأمة كالمهر .

فصل : المستحب أن يمتعها ثلاثين درهماً ، نص عليه في « المختصر » . وفي القديم : ثوباً قيمته ثلاثون درهماً . وفي نص آخر : يمتعها خادماً ، وإلا فمقنعة ، وإلا فبقدر ثلاثين درهماً ، وليس هو اختلافاً ، بل نزلها الأصحاب على درجات الاستحباب وقالوا : أقل المستحب ثلاثون درهماً . وفي نص آخر : يمتعها بخادم إن كان موسراً ، وبمقنعة إن كان معسراً . وإن كان متوسطاً ، فبقدر ثلاثين درهماً . وأما الواجب ، فإن تراضيا بشيء ، فذاك . وحكى الحناطي وجهاً : أنه ينبغي أن يحلل كل منهما صاحبه . فإن لم يفعلا ، لم يبرأ الزوج ، ولها رفع الأمر إلى القاضي ليقدِّرها . والصحيح الأول . وإن تنازعا ، فهل يكفي أقل ما يتمول ، أم يقدره الحاكم باجتهاده ؟ وجهان . الصحيح الثاني . وهل يعتبر بحاله ، أم بحالها ، أم بحالهما ؟ فيه أوجه . أصحها : الثالث[1] ، وهو ظاهر نصه في « المختصر » . وهل يجوز أن تزاد المتعة على نصف مهرها ، أم يشترط أن لا تزيد ، أم يشترط أن لا تبلغ نصفه ؟ فيه أوجه . أصحها : الأول ، لإطلاق الآية ، وبهذا قطع البغوي وغيره[2] .

---

(١) أي بحالهما من يسار الزوج وإعساره ونسبها وصفاتها لقوله تعالى : ﴿ **ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره** ﴾ .

(٢) ويسن أن لا تبلغ نصف مهر المثل كما قاله ابن المقري ، فإن بلغته أو جاوزته ، جاز لإطلاق الآية. قال البلقيني وغيره : ولا يزيد وجوباً على مهر المثل ، ولم يذكروه . اهـ . ومحل ذلك ما إذا فرضه الحاكم ، ويشهد له من كلام الأصحاب نظائر ، منها أن الحاكم لا يبلغ بحكومة عضو مقدّرة ومنها أن لا يبلغ بالتعزيز الحد ، وغير ذلك .

الباب السادس
في النزاع في الصداق

وفيه مسائل .

الأولى : إذا اختلف[١] الزوجان في قدر الصداق أو صفته ، كالصحة والتكسر ، والأجل وقدره ، تحالفا كالبيع ، سواء اختلفا قبل الدخول أو بعده ، أو بعد انقضاء الزوجية ، أو اختلف وارثاهما أو أحدهما ووارث الآخر ، ويحلف الزوجان على البت في النفي والإثبات ، ويحلّف الوارث في الإثبات على البت ، وفي النفي على نفي العلم على الصحيح الذي عليه الجمهور[٢] . وقيل : يحلف فيه على البت ، لأن من قطع بأن النكاح جرى بخمسمائة ، فهو قاطع بأنه ما جرى بألف . فإذا ثبت جريانه بخمسمائة ، فلا معنى لقوله : لا أعلمه نكح بألف . وكيفية اليمين ومن يبدأ به ، كما سبق في البيع . فإذا تحالفا ، فسخ الصداق ورجعت إلى مهر المثل ، وقد سبق في البيع وجه : أنه ينفسخ بنفس التحالف ، فليجيء هنا مثله ، وليكن القول فيمن يتولى الفسخ وفي الانفساخ باطناً على ما سبق في البيع . وقد صرح بجميع هذا الحناطي ، وسواء في الرجوع إلى مهر المثل ، زاد على ما تدعيه المرأة أم لا . وقال ابن خيران وابن الوكيل : إن كان مهر المثل زائداً فليس لها إلا ما ادعته ، والصحيح الأول . هذا في الظاهر ، أما في الباطن ، فإن قلنا : لا ينفسخ ، لم يخف ما يحل لها .

الثانية : ادعت مسمى ، فأنكر الزوج وأصل التسمية ، فوجهان . أحدهما القول قوله بيمينه . وأصحهما : يتحالفان لأنه يقول : الواجب مهر المثل ، وهي تدعي المسمى ، فحاصله الاختلاف في قدر المهر ، فيتحالفان . وإنما يحسن وضع المسألة إذا كان ما تدعيه أكثر من مهر المثل[٣] . ولو أنكرت تسمية مهر وادعاها

---

(١) في هامش « ط » في الأصل اختلفا . وهو جائز على لغة أكلوني البراغيث .

(٢) على القاعدة في الحلف على فعل الغير فيقول الزوج والله لا أعلم ، أن مورثي نكحها بألف مثلاً وإنما نكحها بخمسمائة . ويقول وارث الزوجة والله لا أعلم أنه نكح مورثتي بخمسمائة إنما نكحها بألف .

(٣) ويحسن وضعها إذا كان المسمى معيناً ، ولو كان يساوي مهر المثل أو أنقص منه زاد في الحال وعلى ذلك فقال ابن الرفعة : يحسن وضعها مطلقاً ، وإن ادعت قدر مهر المثل إن كان من غير نقد البلد ، وقال العماد بن يونس في شرح التعجيز في تصوير المسألة إشكال لأنها إما أن تدعي التسمية وتعين =

الزوج ، فهل القول قولها ، أم يتحالفان ؟ القياس مجيء الوجهين . ولو ادعى أحدهما التفويض ، والآخر التسمية ، فإن أوجبنا المهر في التفويض بالعقد ، فهو كما لو ادعى أحدهما السكوت ، والآخر التسمية ، وإلا فالأصل عدم التسمية من جانب ، وعدم التفويض من جانب . ولو ادعى أحدهما التفويض ، والآخر أنه لم يجر للمهر ذكر ، فيشبه أن يكون القول قول الثاني .

الثالثة : إذا حكمنا بالتحالف فحلف أحدهما ونكل الآخر ، حكمنا للحالف . ومن أقام بينة ، حكمنا بها . ولو أقاما بينتين مختلفتين في قدر المهر ، فوجهان[1] . أحدهما : يحكم ببينة المرأة لاشتمالها على الزيادة . والثاني : يتعارضان إذا قلنا بالتساقط ، فكأن لا بينة ، فيتحالفان . وإن قلنا بالقرعة ، فهل يحتاج من خرجت قرعته إلى اليمين ؟ وجهان .

الرابعة : ادعت النكاح ومهر المثل ، واعترف الزوج بالنكاح وأنكر المهر ، أو سكت عنه ولم يدع التفويض ولا إخلاء النكاح عن ذكر المهر ، حكى الغزالي فيه وجهين . أحدهما وينسب إلى القاضي حسين : يثبت لها المهر إذا حلفت ، لأن الظاهر معها ، فإن النكاح يوجب مهر المثل إذا لم تكن تسمية صحيحة . وأصحهما عند الغزالي : أنه لا يثبت مهر مثلها بيمينها ، بل يتحالفان ، لأنه قد ينكحها بأقل ما يتمول ، وهذا الذي فرضه لا يكاد يتصور ، فإن التحالف أن يحلف كل واحد على إثبات ما يزعمه ، ونفي ما زعمه صاحبه . والمفروض[2] من جهة الزوج ، إنكار مطلق ، فلا معنى للتحالف . ولم يذكر الروياني الخلاف هكذا ، بل قال : قال مشايخ طبرستان : القول قول الزوج وعليها البينة ، والحق أنه لا يسمع إنكاره لاعترافه بما يقتضي المهر ، ولكن يكلف البيان . فإن ذكر قدراً وادعت زيادة ، تحالفا . وإن أصر على الإنكار ، ردت اليمين عليها وقضي لها بها . قال الروياني : ورأيت جماعة من المحققين بخراسان والعراق يفتون بهذا ، وهو القديم . ولو ادعت

= مقداراً أو تدعي التفويض واستحقاق المهر إما بالعقد أو بالدخول أو تدعي المهر ولم تعين مقداراً ثم الزوج على هذه الفروض إما أن يقتصر على السكوت المجرد أو يقابل دعواها بدعوى تقتضي أقل مما ادعته ، وهذه الأجوبة قد تقرر لكل واحد منها حكم معلوم ، فليتأمل .

(١) قال الأذرعي : الصحيح منهما الثاني ، ونص عليه الشافعي في الأم وبه جزم في الأنوار .

(٢) في هامش « ط » في الأصل : والمفوض .

زوجية ومهراً مسمى يساوي مهر المثل ، وقال الزوج : لا أدري ، أو سكت ، قال الإمام : ظاهر ما ذكره القاضي ، أن القول قولها لما سبق أن النكاح اقتضى مهر المثل . قال : والذي يقتضيه قياس المذهب ، أن دعواها متوجهة بذلك القدر ، ولا يسمع منه التردد ، بل يحلف على نفي ما تدعيه . فإن نكل ، ردت اليمين عليها وقضي بيمينها . ثم حكى عن القاضي على قياس الوجه المنسوب إليه ، أنه لو قال : هذا ابني من فلانة ، استحقت عليه مهر المثل إذا حلفت ، لأنه إقرار بالوطء ظاهراً ، لأن استدخال الماء بعيد والوطء المحرم هو الذي يحصل منه الولد النسيب ظاهراً ، وهو يقتضي المهر . وقياس ظاهر المذهب ، أنه يؤمر بالبيان إذا أنكر ما ادعته . فإن أصر على الإنكار ، ردت اليمين عليها .

فرع : قال المتولي : لو مات الزوج وادعت على الوارث أن الزوج سمى لها ألفاً ، فقال الوارث : لا أعلم كم سمى ، لم يتحالفا ، بل يحلف الوارث على نفي العلم . فإذا حلف ، قضي لها بمهر المثل .

قلت : هذا الذي ذكره المتولي ، حكاه الإمام عن القاضي حسين ، ثم قال : هو مشكل على قياس المذهب ، قال : والقياس أن يحكم بانقطاع الخصومة ، يحلف الوارث ، والقدر الثابت على قطع هو أقل ما يتمول ، والمختار بل الصواب قول المتولي والقاضي ، وقد نص عليه قبلهما القفال شيخ طريقة خراسان ، وقد حكاه عنه الرافعي في الباب الثاني من « الدعوى والبينات » ، ولم يذكر فيه خلافاً ، ولم أر لأحد من الأصحاب خلافاً ، ودليله أن تعذر معرفة المسمى ، كعدمه من أصله ، ولذا نوجب مهر المثل في التحالف وإن كان هناك مسمى زائد أو ناقص . والله أعلم .

الخامسة : اختلف الزوج وولي الصغيرة أو المجنونة ، فقال الولي : زوجتكها بألفين ، فقال : بل بألف ، فوجهان . أصحهما عند الأصحاب : يتحالفان[1] .

---

(١) قيل هذا مخالف لما صححه في الدعاوى أنه لو ادعى ولي صبي ديناً له فأنكر ونكل لم يحلف الولي وقيل يحلف وقيل إن ادعى مباشرة سببه حلف وإلا فلا وهذا هو الذي صححه هنا ، قال في الخادم : لا تدافع بين الكلام ، فإن المذكور في الدعاوى في الحلف على أن الصبي يستحق كذا فهو حلف للغير فلا تقبل ، وأما هنا فهو حلف على أن العقد من الولي وقع هكذا أو الحق فيه وقع تبعاً وضمناً لا قصداً بخلاف المذكور في الدعاوى .

والثاني : لا فعلى هذا توقف إلى بلوغها فيتحالفان ، ويجوز أن يحلف الزوج ، ويوقف يمينها إلى بلوغها . وإذا قلنا : يحلف الولي ، فذلك إذا ادعى زيادة على مهر المثل والزوج معترف بمهر المثل . وأما إذا ادعى الزوج نكاحها بدون مهر المثل ، فلا تحالف ، لأنه يثبت مهر المثل وإن نقص الولي . ولو ذكر الزوج قدراً يزد على مهر المثل ، وادعى الولي زيادة عليه ، لم يتحالفا كيلا يرجع الواجب إلى مهر المثل ، بل يأخذ الولي ما يقوله الزوج . ولو ادعى الولي مهر المثل أو أكثر ، وذكر الزوج أكثر من ذلك ، فهل يتحالفان ، أم يؤخذ بما قاله الزوج ؟ وجهان[١] حكاهما الحناطي ، وهذا الخلاف المذكور في اختلاف الزوج وولي الصغيرة ، يجري في إختلاف المرأة وولي الزوج الصغير ، وفيما إذا اختلف وليا الزوجين الصغيرين . ولو بلغت الصغيرة قبل التحالف ، حلفت هي ولا يحلف الولي . وادعى البغوي الاتفاق عليه . ولو اختلف ولي البكر البالغة وزوجها ، فالصحيح أنها هي التي تحلف . وقيل : يحلف الولي لأنه العاقد ، قاله القاضي أبو الطيب وغيره . ومن قال بهذا ، لا يسلم في الصغيرة إذا بلغت أن اليمين عليها . والخلاف في حلف الولي يجري في الوكيل في النكاح ، وفي وكيل البائع مع المشتري ، ووكيل المشتري مع البائع ، وفي وكيليهما ، ومنهم من رتب وقال : إن لم يحلف الولي ، فالوكيل أولى ، وإلا فوجهان لقوة الولاية .

فرع : إذا قلنا : يحلف الولي فنكل ، فهل يقضى بيمين صاحبه ، أم يوقف حتى تبلغ الصبية وتفيق المجنونة فلعلها تحلف ؟ فيه وجهان نقلهما الحناطي[٢] .

فرع : جميع ما ذكرنا في هذه المسألة ، هو فيما يتعلق بإنشاء الولي ، إما ما لا يتعلق به بأن ادعى على رجل أنه أتلف مال الطفل ، فأنكر المدعى عليه ونكل ، فهل يحلف اليمين المردودة إتماماً للخصومة واستخلاصاً لحق الصبي ، أم لا لأنه لا يتعلق بإنشائه ؟ وجهان . أصحهما : الثاني . وعلى هذا لا يقضى بالنكول ، بل

---

(١) قال الأذرعي : التحالف هنا بعيد لما ذكر في الصورة التي قبلها وفي الحقيقة المسألة مكررة .

(٢) سكت الشيخ تبعاً لأصله عن الترجيح ، قال في الخادم ، ووقع في بعض النسخ قلت صحح الامام ثانيهما . انتهى .

وقد رجحه الروياني في البحر أيضاً ، انتهى .

ولعلها نسخة وقعت له فلم أجد في نسخة من الروضة شيئاً من هذا .

يتوقف حتى يبلغ الصبي . وفي وجه : لا تعرض اليمين على المدعى عليه ، ويتوقف في أصل الخصومة . وأفتى القفال فيما إذا ادعى الولي على رجل ديناً ورثه الصبي وأقام بينة به ، فقال الخصم : كنت قضيتُه ، أو أبرأني مورثه ، أنه لا يحلف الولي ، بل يحلف الصبي إذا بلغ على نفي العلم بذلك[١] . ولو أقر القيم بما قاله الخصم ، انعزل وأقام القاضي غيره . ولو ادعى أن هذا القيم قبضه وأنكر ، حلف .

السادسة : ادعت على رجل أنه نكحها يوم الخميس بألف ، ونكحها يوم السبت ، بألف ، وطلبت الألفين ، سمعت دعواها لإمكان ثبوت الألفين بأن يطأها يوم الجمعة ، ويخلعها ثم ينكحها يوم السبت ، وإذا ثبت العقدان بالبينة ، أو بإقراره ، أو بيمينها[٢] بعد نكوله ، لزمه الألفان ، ولا يحتاج إلى التعرض لتخلل الفرقة ، ولا لحصول الأصل ، لأن كل عقد منهما ثبت مسماه والأصل بقاؤه . فإن ادعى أن العقد الثاني كان إظهاراً للأول لا إنشاءً ، لم يقبل . وهل له تحليف المرأة على نفي ذلك ؟ وجهان حكاهما في « العدة » أصحهما : له . فإن ادعى على أنه لم يصبها في النكاح الأول ، صدق بيمينه ، ولا يطالب من المهر الأول إلا بالنصف ، وتكون معه بطلقتين . ولو ادعى في النكاح الثاني الطلاق قبل الإصابة ، صدق بيمينه ، وقنع منه

---

(١) قال في الخادم : هذه العبارة توهم أن الدفع يتوقف على الثمن لأنها حق المدعى عليه وليس كذلك ، بل يلزمه الدفع في الحال ، ولكن اليمين تتوقف على البلوغ ، صرح بذلك البغوي في فتاويه وغيره . وعبارة القفال في الفتاوي إذا ادعى قيم المجنون مالاً على آخر فقال كان أبرأني منه قبل جنونه أو قبضه مني ، لزمه الدفع على ظاهر المذهب ، ومن أصحابنا من قال لا يلزمه الدفع إلى آخر ما نقله عنه .

(٢) قال الشيخ البلقيني ما جزم به تبعاً لأصله من لزوم الألفين إلى آخره مشكل لأن الفرقة لا بد منها لصحة العقد الثاني ، وحينئذ فالأصل عدم الدخول وإلزام ألف عن العقد الأول مع إثبات الفرقة تخالف الأصل المذكور لا يقال قد تحقق مسمى العقد والأصل النقاء لأن الفرقة المقدرة بمنع هذا الأصل لا يقال فعلى الزوج دعوى المسقط لأنا نقول على القاضي أن يحتاط لحكمه بالالزام فيستفصل هناك دخول أم لا ، وقد قال الماوردي انه لا ينبغي أن ينبه عليه وهذا يقتضي أن الحاكم يلزم بألفين ولا ينبه الزوج وهو من المشكلات ، وفي شرح الرافعي أنهم شبهوا ذلك بأن المودع بعد ثبوت الايداع مطالب بالوديعة ومحبوس عليها ما دام يسكت ، فإن ادعى تلفاً أو رداً صدق يمينه وانقطعت الطلبة وهذا التشبيه عندي فيه نظر وذلك أن في صورة النكاحين لا بد من تقدير ذلك أن يستفصل الزوج لأن الزوج يدعي أنه ليس هناك فرقة وإنما جدد لفظ العقد للاشهاد ، فكيف يحسن منه أن يقول رددتها أو تلفت على حكم الأمانة وأسقط المصنف في الروضة مسألة الوديعة وهي مسألة حسنة شاهدة لمن مات وعنده وديعة أنه يؤخذ من تركته إذا لم توجد عينها .

بنصف المهر الثاني أيضاً . ولو ادعى على رجل أنه اشترى منه كـذا يوم الخميس بألف ، ثم يوم الجمعة بألف ، وطالبه بالثمنين ، لزمه الثمنان[١] إذا ثبت العقدان كما في المهرين .

السابعة : رجل يملك أبوي حرة ، فنكحها على أحدهما معيناً[٢] ، ثم اختلفا ، فقال : أصدقتك أباك فقالت : بل أمي ، فوجهان . أصحهما : يتحالفان . والثاني : يصدق الزوج بيمينه في أنه لم يصدقها أمها ، وتحلف هي أنه لم يصدقها الأب ، ولها مهر مثلها ، ويعتق الأب بإقرار الزوج بيمينه[٣] أنه أصدقها الأب لتضمنه الإقرار ، لأنه عتق عليها ولا غرم على المرأة ، لأنها لم تفوت عليه شيئاً ، فصار كما لو قال لرجل : بعتك أباك فأنكر ، عتق عليه بإقراره . إن قلنا بالتحالف فحلفا ، عتق الأب بإقرار الزوج ، ولها مهر مثلها ، وليس عليها قيمة الأب ، وولاء موقوف[٤] ، لأن الزوج يقول : هو لها ، وهي تنكره . وإن حلفت دون عتق الأبوان . أمـا الأب ، فبإقراره ، وأما الأم ، فلأنا حكمنا بكونها صداقاً ، وليس عليها قيمة واحدة منهما . وإن حلف دونها ، رقت الأم ، وعتق الأب ، وولاؤه موقوف . وإن لم يحلف واحد منهما ، عتق الأب ، ولا تتمكن هي من طلب المهر ، لأن من ادعى شيئاً ونكل عن اليمين بعد الرد ، كان كمن لم يدع شيئاً . ولو قال الزوج : أصدقتكِ أباكِ ونصف أمك وقالت : بل أصدقتني كليهما ، تحالفا بلا خلاف ، لأن الاختلاف هنا في قدر الصداق . فإذا حلفا ، فلها مهر المثل وتعتق [الأب][٥] ، وعليها قيمته لاتفاقهما أنه عتق عليها بحكم الصداق ، فلما تحالفـا بطل الصـداق ، ولا سبيل إلى رد العتق فوجبت القيمة ، كما لو اشترى عبداً فأعتقه ، ثم اختلفا في الثمن وتحالفـا . وأما

(١) في هامش « ط » في الأصل المثمنان .
(٢) في هامش « ط » في الأصل معيباً ، وهو خطأ .
(٣) سقط من « ط » .
(٤) قال الشيخ البلقيني : هذا فيه تعقب من جهة أن حلف الزوج مع نكولها بمنزلة إقرارها ، وقضية ذلك ثبوت أن الأب هو المصدق ، وقضية أن يكون هو المصدق أن يكون ولاؤه لها ولا يكون موقوفاً ، فإن قلت هي تنكر ذلك فكيف يكون لها الولاء مع إنكارها ، قلنا لما نكلت وحلف خصمها لغى حكم إنكـارها ، فـإن قلت ففي الوسيط ولـو حلف الزوج ونكلت المـرأة رقت الأم وحكم بأن الصـداق هـو الأب فهو شاهد لما قررناه ، وأما قوله ولا ولائها ممنوع لإنكارها وقد بينا أن إنكارها لغو حينئذ .
(٥) سقط من « ط » .

الأم ، فيعتق عليها نصفها . فإن كانت موسرة ، عتق الباقي بالسراية وعليها قيمة ما يعتق منها ، ويجيء التقاص .

ولو حلف الزوج دونها ، عتق الأب ونصف الأم ، ولا سراية إن كانت معسرة ، ولا شيء لها ولا عليها ، لأنا حكمنا بيمينه أن الصداق هو الأب ونصف الأم . ولو حلفت دونه ، حكم بكونهما صداقاً وعتقاً ، ولا شيء عليها . ولو قالت : أصدقتني الأم ونصف الأب ، فقال : لا بل الأب ونصف الأم ، تحالفا . فإذا حلفا ، فلها مهر المثل ، ويعتق من الأب نصفه لاتفاقهما ، ونصفه بإقرار الزوج وعليها قيمة ما اتفقا عليه . وأما الأم ، فيعتق نصفها باتفاقهما ، ويسري إلى الباقي إن كانت موسرة ، وعليها قيمة ما عتق منها .

الثامنة : اختلفا في أداء المهر ، فالقول قولها بيمينها ، سواء اختلفا قبل الدخول أو بعده . فلو اتفقا على قبض مال ، فقال : دفعته صداقاً وقالت : بل هدية . فإن اتفقا على أنه تلفظ واختلفا ، هل قال : خذي هذا صداقاً أم قال : هدية ؟ فالقول قوله بيمينه . وإن اتفقا أنه لم يجر لفظ ، واختلفا فيما نوى ، فالقول قوله بيمينه أيضاً . وقيل : بلا يمين ، وسواء كان المقبوض من جنس الصداق أم غيره ، طعاماً أم غيره . فإذا حلف الزوج ، فإن كان المقبوض من جنس الصداق ، وقع عنه ، وإلا فإن رضيا ببيعه بالصداق ، فذاك ، وإلا استرده وأدى الصداق . فإن كان تالفاً ، فله البدل[1] عليها وقد يقع في التقاص .

ولو بعث إلى بيت من لا دين له عليه شيئاً ثم قال : بعثته بعوض ، وأنكر المبعوث إليه ، فالقول قول المبعوث إليه .

التاسعة : ادعى دفع الصداق إلى ولي الصغيرة والمجنونة ، أو السفيهة ، سمعت دعواه . وإن ادعى دفعه إلى ولي البالغة الراشدة ، لم يسمع الدعوى عليها ، إلا أن يدعي إذنها ، وسواء البكر والثيب . وفي البكر وجه ، والخلاف مبني على أن الولي ، هل يملك قبض مهر البكر الرشيدة ؟ والمذهب منعه . وفيه قول أو وجه . ومنهم من لم يثبته وقطع بالأول . وإذا قلنا بالمذهب ، فاستأذنها فسكتت[2] ، لم

(١) في هامش « ط » في الأصل البذل .

(٢) في هامش « ط » في الأصل فسكت .

يستفد بسكوتها الإذن في القبض ، وقياس القول أو الوجه الضعيف ، أن يستفيده وإن نهت عنه كتزويجها .

العاشرة : وقع الاختلاف في غير المنكوحة ، فهو اختلاف في عقدين ، القول في كل منهما قول النافي . وإن قال : نكحت هاتين بألف ، فقالت إحداهما أو وليهما : بل نكحت هذه فقط بألف ، فهذا اختلاف في قدر مهر المتفق على نكاحها . وأما الأخرى ، فالقول قول المنكر .

فصل يتعلق بكتاب الصداق : أصدقها جارية ، ثم وطىء الجارية عالماً بالحال ، فإن كان بعد الدخول ، فعليه الحد ، ولا يقبل قوله : لم أعلم أنها ملكتها بالدخول ، إلا أن يكون قريب عهد بالإسلام . وإن كان قبل الدخول ، فلا حد . وعللوه بشيئين . أحدهما : لا يبعد أن يخفى مثل هذه الأحكام عن العوام . والثاني : اختلاف العلماء ، فإن كان[1] مالكاً رحمه الله تعالى قال : لا تملك قبل الدخول إلا نصف الصداق . فإن كان عالماً بأنها تملك جميع الصداق بالعقد ، فعلى التعليل الأول يحدّ . وعلى الثاني ، لا[2] . وحيث قلنا : يحد ، فأولدها ، فالولد رقيق ، وعليه المهر إن كانت مكرهة . وحيث قلنا : لا يحد ، فالولد نسيب حر ، وعليه قيمته يوم سقوطه .

فصل : خالع زوجته المدخول بها ، ثم نكحها في العدة ، وطلقها قبل الدخول في النكاح الثاني ، يتشطر المهر عندنا . وقال أبو حنيفة رحمه الله تعالى : يجب جميعه ، وبالله التوفيق .

باب الوليمة[3]

هي عامة على ما قال الشافعي والأصحاب رحمهم الله تعالى ، تقع على كل

---

(١) سقط من « ط » .

(٢) قال في الخادم : ليس في كلامه ترجيح فيما إذا كان عالماً بأنها تملكه قبل الدخول ، والذي نص عليه الشافعي أنه يلزمه الحد في هذه الحالة وبه يظهر أن الراجح من العلتين هي الأولى وقد استشكله في الذخائر بأنه إذا صح عن مالك أنها تملك النصف والنصف الثاني يبقى على ملكه وإنما هو قريب الزوال فكيف يجب عليه الحد وإن كان عالماً والشبهة قائمة لهذا الخلاف ، ثم نقل عن البحر أن نص الشافعي وجوب الكل .

(٣) من الولم وهو الاجتماع وهي تقع على كل طعام يتخذ لسرور حادث عن عرس وإملاك وغيرهما ، لكن =

دعوة تتخذ بسرور حادث ، من نكاح أو ختان أو غيرهما . لكن الأشهر استعمالها عند[1] الإطلاق في النكاح ، وتقيد في غيره ، فيقال : وليمة الختان وغيره[2] ، ويقال لدعوة الختان : إعذار ، ولدعوة الولادة : عقيقة ، ولسلامة المرأة من الطلق : خُرس . وقيل : الخرس لطعام الولادة ، ولقدوم المسافر : نقيعة ، ولإحداث البناء : وكيرة ، ولما يتخذ للمصيبة : وضيمة ، ولما يتخذ بلا سبب : مأدُبة .

قلت : الإعذار بالعين المهملة ، وبالذال المعجمة . والخرس ، بضم الخاء المعجمة ، وبالسين المهملة ، ويقال : بالصاد . المأدبة ، بضم الدال وفتحها . والوضيمة ، بكسر الضاد المعجمة . وقول الأصحاب : النقيعة لقدوم المسافر ، ليس فيه بيان من يتخذها أهو القادم أو المقدوم عليهم ؟ وفيه خلاف لأهل اللغة . فنقل الأزهري عن الفراء ، أنه القادم . وقال صاحب « المحكم » : هو طعام يُصنع للقادم وهو الأظهر[3] . والله أعلم .

وفي وليمة العرس قولان ، أو وجهان[4] . أحدهما : أنها واجبة ، لقوله ﷺ في الحديث الصحيح : « أولم ولو بشاة »[5] . وأصحهما : أنها مستحبة كالأضحية وسائر

= استعمالها مطلقة في العرس أشهر ، وفي غيره تقيد فيقال وليمة ختان أو غيره .

(١) في « ط » في الأصل : عن .

(٢) قال في الخادم : قضيته أي كلام الرافعي لأنه عبر بالاملاك أنها حقيقة في الاملاك خاصة وهو متابع للبغوي ، وقال صاحب التقريب هي طعام العرس ، وكذا قال الماوردي والقاضي أبو الطيب وابن الصباغ والامام والجرجاني وغيرهم ولم يذكروا الأملاك بالكلية وهو الذي حكاه ابن فارس في المقاييس عن أهل اللغة ثم حكي عن ابن عبد البر طعام العرس وزاد الاملاك قال وهو يقتضي أنها حقيقة فيهما ، وكذا قال صاحب المحكم قال : أعني صاحب الخادم وعدل في الروضة عن قوله الاملاك إلى النكاح وظاهره أنهما واحد ولا شك أن المراد بالعرس البناء ، والاملاك العقد إلى آخر ما ذكره ، والمنقول عن النص وليمة العرس والاملاك .

(٣) قال الأذرعي في القوت : إن الذي ذكره الحليمي في أواخر الحج من منهاجه أن الذي يصنع هو القادم وجرى على ذلك في الخادم وقال : اعلم أنهم أطلقوا استحبابها للمسافر وهو يشمل الطويل والقصير والظاهر تخصيصه بالطويل دون من غاب يوماً ونحوه لأنها شرعت شكراً لله تعالى على السلامة من وعثاء السفر .

(٤) أصحهما أنها مستحبة ، قال في المهمات : الصحيح أنهما قولان . قاله الجرجاني في الشافي قال في الخادم وجزم به في الحاوي ، لكن أنكره الروياني .

(٥) (أخرجه البخاري ٩/٢٠٤ كتاب النكاح) باب قول الله تعالى ﴿ وآتوا النساء ﴾ (حديث ٥/٤٨) . (ومسلم ٢/١٠٤٢ كتاب النكاح) ـ باب الصداق ـ حديث (٧٩ ـ ١٤٢٧) .

الولائم[١] ، والحديث على الاستحباب ، وقطع القفال بالاستحباب ، وأما سائر الولائم ، فمستحبة ، ليس بواجبة على المذهب وبه قطع الجمهور ، ولا يتأكد تأكد وليمة النكاح . قال المتولي : وخرج بعضهم في وجوب سائر الولائم قولاً ، لأن الشافعي[٢] رحمه الله قال بعد ذكرها : ولا أرخص في تركها .

فرع : أقل الوليمة على ما ذكره ابن الصباغ وغيره ، للمتمكن شاة وإن لم يتمكن ، اقتصر على ما يقدر عليه .

فرع : وأما الإجابة إلى الدعوة ، ففي وليمة العرس تجب الإجابة إن أوجبنا الوليمة ، وكذا إن لم نوجبها على الأظهر . وقيل : على الأصح ، صححه العراقيون والروياني وغيرهم ، للأحاديث الصحيحة « من دعي إلى وليمة فليأتها » . والثاني : أنها مستحبة . وأما غير وليمة العرس ، فالمذهب أن الإجابة فيها مستحبة . وقيل : بطرد الخلاف في الوجوب[٣] . وإذا أوجبنا الإجابة ، فهي فرض عين على الأصح . وقيل : فرض كفاية . ثم إنما تجب الإجابة أو تستحب بشروط . منها : أن يعم عشيرته أو جيرانه ، أو أهل حرفته ، أغنياءهم وفقراءهم ، دون ما إذا خص الأغنياء . ومنها : أن يخصه بالدعوة بنفسه ، أو يبعث إليه شخصاً . فأما إذا فتح باب داره وقال : ليحضر من أراد ، أو بعث شخصاً : ليحضر من شاء ، أو قال لشخص : احضر وأحضر معك من شئت ، فقال لغيره : احضر ، فلا تجب الإجابة ولا تستحب . ومنها : أن لا يكون إحضاره لخوف منه ، أو طمع في جاهه ، أو ليعاونه على باطل ، بل تكون للتقرب ، أو التودد . ومنها ، أن يدعوه مسلم . فإن دعاه ذمي

---

(١) قال الأذرعي : والظاهر أن استحباب وليمة الختان محله في ختان الذكر دون الاناث فإنه يخفى ويستحيا من إظهاره ويحتمل استحبابه للنساء فيما بينهن خاصة ، قال : واطلقوا استحباب الوليمة للقدوم من السفر ، والظاهر أن محله في السفر الطويل لقضاء العرف به ، أما من غاب يوماً أو أياماً يسيرة إلى بعض النواحي القريبة فكالحاضر .

(٢) في « ط » في الأصل : قولان للشافعي .

(٣) قال في الخادم : هذا الترجيح من تصرفه يعني المصنف والرافعي لم يرجح شيئاً من الطريقين والذي أجاب به جمهور العراقيين هي الطريقة الثانية التي ضعفها يعني الشيخ المصنف منهم الشيخ أبو حامد والبندنيجي وسلم ونصر المقدسي والجرجاني وغيرهم وجزموا بوجوب الاجابة إليها ، قال في البيان : وهو الأظهر إلى آخر ما ذكره .

فهل هو كالمسلم أم لا تجب قطعاً ؟ طريقان . أصحهما : الثاني . ولا يكون الاستحباب في إجابته كالاستحباب في دعوة المسلم ، لأنه قد يرغب عن طعامه لنجاسته وتصرفه الفاسد ، وتكره مخالطة الذمي وموادته[١] . ومنها : أن يدعو في اليوم الأول . فلو أولم ثلاثة أيام ، فالإجابة في اليوم الثالث مكروهة ، وفي الثاني لا تجب قطعاً ، ولا يكون استحبابها كالاستحباب في اليوم الأول .

فرع : إذا اعتذر المدعو إلى صاحب الدعوة ، فرضي بتخلفه ، زال الوجوب وارتفعت كراهة التخلف .

فرع : دعاه جماعة ، أجاب الأسبق ، فإن جاءا معاً ، أجاب الأقرب رحماً ، ثم الأقرب داراً كالصدقة[٢] .

ومنها : أن لا يكون هناك من يتأذى بحضوره ، ولا يليق به مجالسته . فإن كان ، فهو معذور في التخلف . وأشار في « الوسيط » إلى وجه فيه .

ومنها : أن لا يكون هناك منكر كشرب الخمر والملاهي . فإن كان ، نظر ، إن كان الشخص ممن إذا حضر رفع المنكر ، فليحضر إجابة للدعوة وإزالة للمنكر ، وإلا فوجهان . أحدهما : الأولى أن لا يحضر ، ويجوز أن يحضر ولا يستمع وينكر بقلبه ، كما لو كان يضرب المنكر في جواره ، فلا يلزمه التحول وإن بلغه الصوت ، وعلى هذا جرى العراقيون . والثاني وهو الصحيح : يحرم الحضور لأنه كالرضى بالمنكر وإقراره .

قلت : الوجه الأول غلط ، ولا يثبت عن كل العراقيين ، وإنما قاله بعضهم وهو خطأ ، ولا يغتر بجلالة صاحب « التنبيه » ونحوه ممن ذكره . والله أعلم .

فإذا قلنا بالثاني ، فلم يعلم حتى حضر ، نهاهم ، فإن لم ينتهوا ، فليخرج . وفي جواز القعود وجهان .

قلت : أصحهما التحريم . والله أعلم .

---

(١) جزم الشيخ في باب الجزية بالحرمة ، قال في الخادم وهو الصواب .

(٢) ثم بالقرعة .

فإن لم يمكنه الخروج ، بأن كان في الليل ويخاف من الخروج ، قعد كارهاً ولا يستمع . ولو كانوا يشربون النبيذ المختلف في إباحته ، لم ينكره ، لأنه مجتهد فيه[١] . فإن كان حاضره ممن يعتقد تحريمه ، فكالمنكر المجمع على تحريمه . وقيل : لا .

فرع : ومن المنكرات ، فرش الحرير[٢] وصور الحيوانات على السقوف والجدران ، والثياب الملبوسة ، والستور المعلقة ، والوسائد، الكبار المنصوبة ، ولا بأس بما على الأرض ، والبساط الذي يداس ، والمخاد التي يتكأ عليها ، وليكن في معناها الطبق والخوان ، والقصعة . ولا بأس بصور الأشجار ، والشمس ، والقمر . وفي وجه : يكره صورة الشجر . ولو كانت صور الحيوانات مقطوعة الرؤوس ، فلا بأس به على الصحيح ، ومنعه المتولي . وهل دخول البيت الذي فيه الصور الممنوعة حرام أم مكروه[٣] ؟ وجهان . وبالتحريم قال الشيخ أبو محمد ، وبالكراهة قال

---

(١) قال الأذرعي في القوت : قال شارح يعني الشيخ السبكي مجالسة الفاسق على فسقه حرام ، وإذا كانوا يشربون النبيذ المختلف في إباحته ، قال ابن كج والرافعي والنووي لم ينكر لأنه مجتهد والصواب عندي أنه ينكر لضعف دليله ويدل عليه قول الشافعي انه يحد شاربه وما هو إلا لضعف مدركه وأي إنكار أعظم من الحد .

قال الأذرعي : واعلم أن عبارة الرافعي وإن كانوا يشربون النبيذ المختلف في حله ، قال فلا ينكر ، قال ابن كج لأنه موضع اجتهاد والأولى أن يكون الحضور في حق من يعتقد التحريم في المسكر المجمع على تحريمه وقيل بخلافه ففرض الكلام في الحضور وعبارة الروضة وإن كانوا يشربون النبيذ المختلف في إباحته لم ينكره ففرض الكلام في الانكار لا في أصل الحضور وفي مطابقته لكلام الرافعي نظر ، بل هي مسألة أخرى وإن كان بينهما تلازم وتقارب ويحتمل أن يقال إن كان المدعو هو القاضي ومن يقسم الحد أنكر لأنه لا معنى أن يدعه يفعل ثم يحده وإن كان غيره من الآحاد فلا . انتهى .

والظاهر ما قاله الشيخ السبكي خصوصاً في هذا الزمن ولو رأى الشيخان أهل هذا العصر لم يترددا في الانكار .

(٢) قال الأذرعي : أي في دعوة اتخذت الرجال ، وأما دعوة النساء خاصة فينبني على افتراشهن الحرير ، فإن منعناه فلا فرق وإن جوزناه وهو الأصح فلا ينكر وافتراش جلود النمور الباقي وتركها وستر الجدر بالحرير حرام على النوعين فيكون وجود ذلك عذراً . انتهى .

قال في الخادم ذكروا في باب اللباس أنه لو بسط على فراش حرير شيئاً وجلس عليه جاز ويصير الحرير كالحشو ، وحينئذ فإذا أمكن ذلك فقد يقال لا يكون وجود الفراش عذراً في الامتناع .

(٣) في هامش « ط » في الأصل : مكروهة .

صاحب « التقريب » والصيدلاني ، ورجحه الإمام والغزالي في « الوسيط » . ولو كانت الصورة في الممر دون موضع الجلوس ، فلا بأس بالدخول والجلوس ، ولا يترك إجابة الدعوة بهذا السبب . وكذا لا بأس بدخول الحمام الذي على بابه صور ، كذا قاله الأصحاب .

فرع : يحرم على المصور التصوير على الحيطان والسقوف ، ولا يستحق أجرة . وفي نسج الثياب المصورة وجهان ، جوزه أبو محمد لأنها قد لا تلبس ، ورجح المنع الإمام والغزالي تمسكاً بالحديث « لعن الله المصورين »[1] .

قلت : الصحيح التحريم ، والحديث صحيح . والله أعلم .

وطرد المتولي الوجهين في التصوير على الأرض ونحوها ، وكأن من قال بالمنع . قال : ليس له أن يصور ، لكن إن اتفق يسامح به ولا يجب طمسه .

قلت : الصحيح تحريم التصوير على الأرض وغيرها . والله أعلم .

فصل : الصوم ليس عذراً في ترك إجابة الدعوة . فإذا حضر الصائم ، إن كان صوم فرض مضيق الوقت ، حرم الفطر . وإن كان موسعاً كالنذر المطلق وقضاء رمضان ، فإن لم نجوز الخروج منه ، حرم الفطر ، وإلا فقيل هو كصوم النفل . وعن القاضي حسين كراهة الخروج منه ، لأن ذمته مشغولة . وإن كان صوم نفل ، فإن لم يشق على صاحب الدعوة إمساكه ، استحب إتمام صومه ، وإن شق عليه ، استحب الفطر[2] . أما المفطر ، ففي أكله وجهان . أحدهما : يجب[3] وأقله لقمة ، وأصحهما : أنه مستحب .

فصل : دعاه من أكثر ماله حرام ، كرهت إجابته كما تكره معاملته . فإن علم أن عين الطعام حرام ، حرمت إجابته .

فصل : المرأة إذا دعت النساء ، كما ذكرنا في الرجال . فإن دعت رجلاً أو

---

(١) أخرجه البخاري من حديث أبي جحيفة .

(٢) لجبر خاطر الداعي .

(٣) وأقله لقمة وأصحهما أنه مستحب صحح الشيخ في شرح مسلم الوجوب ، واختاره في تصحيح التنبيه . قال في الخادم ، وهو أقوى لكن لم أجد من وافقه على الصحة .

رجالاً ، وجبت الإجابة إذا لم يكن خلوة محرمة .

قلت : قال إبراهيم المروذي : لو دعته أجنبية وليس هناك محرم له ولا لها ، ولم يخل به ، بل جلست في بيت ، وبعثت الطعام مع خادم إليه إلى بيت آخر من دارها ، لم يجبها مخافة الفتنة . والله أعلم .

فصل في مسائل تتعلق بالضيافة : **إحداها** : للضيف أن يأكل إذا قُدِّم إليه الطعام من غير أن يأذن صاحب الطعام لفظاً ، إلا إذا كان ينتظر حضور غيره ، فلا يأكل حتى يحضر أو يأذن المضيف لفظاً . وفي « الوسيط » وجه[1] أنه لا بد من لفظ وهو شاذ ضعيف ، والصحيح الاكتفاء بقرينة التقديم ، وللقرينة أثر ظاهر في مثل هذا الباب ، وكذلك يجوز الشرب من الحِباب الموضوعة على الطرق ، وكان السلف يأكلون من بيوت إخوانهم للانبساط وهم غيب . وقال المتولي : تقديم الطعام ، إنما يكفي إذا دعاه إلى بيته . فإن لم يسبق دعوة ، فلا بد من الإذن لفظاً ، إلا إذا جعلنا المعاطاة بيعاً ، وقرينة التقديم لا تختلف لسبق الدعوة وعدمه .

قلت : الصحيح بتقديم الطعام أنه يجوز الأكل بلا لفظ ، سواء دعاه أم لا ، بشرط أن لا يكون منتظراً غيره كما سبق . وأما الأكل من بيت الصديق وبستانه ونحوها في حال غيبته ، فجائز بشرط أن يعلم من حاله أنه لا يكره ذلك منه[2] . والله أعلم .

الثانية : هل يملك الضيف ما يأكله ؟ وجهان . قال القفال : لا بل هو إتلاف بإذن المالك ، وللمالك أن يرجع ما لم يأكل . وقال الجمهور : نعم . وبم يملك ؟ فيه أوجه . قيل : بالوضع بين يديه ، وقيل : بالأخذ ، وقيل : بوضعه في الفم ، وقيل : بالازدراد[3] يتبين حصول الملك قبيله . وضعف المتولي ما سوى الوجه الأخير . وعلى الأوجه ينبني التمكن من الرجوع .

قلت : قال صاحب « البيان » : إذا قلنا : يملكه بالأخذ أو بالوضع في الفم ، فهل للآخذ إباحته لغيره والتصرف فيه بغير ذلك ؟ وجهان . الصحيح وقول الجمهور

(١) سقط في « ط » .

(٢) قال في الخادم ، ما ذكره من اشتراط العلم خالفه في باب الأطعمة فقال : من زوائده أيضاً إن غلب على ظنه أنه لا يكره ذلك أي فيجوز وإن تشكل فحرام والمذكور هنا هو الصواب .

(٣) في هامش « ط » في الأصل بالازدراء إذ .

لا يجوز كما لا يعير المستعار . وقال الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب : يجوز أن يفعل ما يشاء من البيع والهبة وغيرهما ، لأنه ملكه . قال ابن الصباغ : هذا لا يجيء على أصلهما . والله أعلم .

الثالثة : ليس للضيف التصرف في الطعام بما سوى الأكل ، فلا يجوز أن يحمل معه منه شيئاً ، إلا إذا أخذ ما يعلم رضى المالك[١] ، ويختلف ذلك بقدر المأخوذ وجنسه ، وبحال المضيف والدعوة . فإن شك في وقوعه في محل المسامحة ، فالصحيح التحريم ، وليس للضيف إطعام السائل والهرة . ويجوز أن يلقم الأضياف[٢] بعضهم بعضاً ، إلا إذا فاوت بينهم في الطعام ، فليس لمن خصّ بنوع أن يطعموا منه غيرهم ، ويكره للمضيف أن يفعل ذلك[٣] .

الرابعة : يحرم التطفل ، واستثنى المتولي وغيره فقالوا : إذا كان في الدار ضيافة ، جاز لمن بينه وبين صاحب الطعام انبساط أن يدخل ويأكل إذا علم أنه لا يشق عليه .

فصل في آداب الأكل : منها : أن يقول أولاً : باسم الله ، فإن نسي قال إذا تذكر : بسم الله أوله وآخره ، وأن يغسل يديه قبل الأكل وبعده ، وأن يأكل بأصابعه الثلاث ، وأن يدعو لصاحب الطعام إن كان ضيفاً ، ويقول : « أكل طعامكم الأبرار ، وأفطر عندكم الصائمون . وصلت عليكم الملائكة »[٤] . ويكره أن يأكل متكئاً ، وأن يأكل مما يلي آكليه ، وأن يأكل من وسط القصعة وأعلى الثريد ونحوه ، ولا بأس بذلك في الفواكه ، ويكره أن يعيب الطعام ، وأن يقرن بين تمرتين

---

(١) في هامش « ط » زيادة به .

(٢) في هامش « ط » في الأصل الأصناف .

(٣) صرح الماوردي وغيره بتحريم الزيادة على الشبع وإنه لو زاد لم يضمن قال الأذرعي ، وفيه وقفة .
قال ابن عبد السلام : ولو كان الضيف يأكل كعشرة مثلاً ومضيفه جاهل بحاله لم يجز له أن يأكل فوق ما يقتضيه العرف في المقدار .
قال : ولو كان الطعام قليلاً فأكل لقماً كباراً مسرعاً حتى يأكل أكثر الطعام ويحرم أصحابه لم يجز له ذلك .

(٤) أخرجه أحمد من طريق عبد الرازق (في المسند ١٣٨/٣) . والبيهقي في (السنن الكبرى ٢٨٧/٧ كتاب الصداق) باب : الدعاء لرب الطعام .

ونحوهما[١] ، وأن يأكل بشماله ، وأن يتنفس في الإناء ، وأن ينفخ فيه . ولا يكره الشرب قائماً ، وحملوا النهي الوارد على حالة السير .

قلت : هذا الذي قاله من تأويل النهي على حالة السير ، قد قاله ابن قتيبة والمتولي ، وقد تأوله آخرون بخلاف هذا . والمختار أن الشرب قائماً بلا عذر خلاف الأولى ، للأحاديث الصريحة بالنهي عنه في « صحيح مسلم » .

وأما الحديثان الصحيحان عن علي[٢] وابن عباس[٣] رضي الله عنهما أن النبي ﷺ شرب قائماً ، فمحمولان على بيان الجواز جمعاً بين الأحاديث . وقد اعترض على أحاديث النهي بأشياء باطلة ، أوضحت جوابها في شرح « صحيح مسلم »[٤] . ويكره الشرب من فم القربة . ومن آداب الأكل : حمد الله تعالى في آخره . وكذلك في آخر الشرب فيقول : « الحمد لله حمداً كثيراً طيباً مباركاً فيه غير مكفي ولا مكفور ولا مودَّع ، ولا مستغنى عنه ربنا » . ثبت ذلك في « صحيح البخاري »[٥] عن النبي ﷺ أنه كان يقوله ، وقد جاءت في هذا أذكار كثيرة في الصحيح وغيره ، وقد جمعت مقاصدها في كتاب « أذكار الطعام » من كتاب الأذكار » ، وشرحت فيه هذه الألفاظ أحسن شرح وأوجزه ، مع جمل مما يتعلق بالأطعمة . وقوله : ربنا ، يجوز بالرفع على الابتداء ، وبالنصب على الاختصاص أو

---

(١) أي يكره ذلك . قال الشيخ في شرح مسلم : الصواب التفصيل فإن كان الطعام مشتركاً بينهم فالقران حرام إلا برضاهم ويحصل الرضى بالتصريح به أو ما يقوم مقامه من قرينة حال أو دلالة عليه بحيث يعلم يقيناً أو ظناً قوياً أنهم يرضون به ، ومتى شك في رضاهم فحرام . وإن الطعام لغيرهم أو لأحدهم اشترط رضاه فإن قرن بغير رضاه فحرام إلى آخر ما ذكره .

قال في الخادم : ويحصل الجواز في ثلاث صور :

إحداها : إذا قرن الآكلون .

ثانيها : إذا سامحوه بذلك .

ثالثها : إذا كان القارن هو المالك فله ذلك .

(٢) حديث علي (أخرجه البخاري ١٠/ ٨١) كتاب الأشربة/ باب : الشرب قائماً حديث (٥٦١٦) .

(٣) حديث ابن عباس . (أخرجه البخاري ٣/ ٤٩٢) كتاب الحج/باب : ما جاء في زمزم قائماً حديث (١٢٠/ ٢٠٢٧) .

(٤) (١٣/ ١٩٥) .

(٥) (٩/ ٥٨٠) كتاب الأطعمة/ باب : ما يقول إذا فرغ من طعامه حديث (٥٤٥٨) .

النداء ، وبالجر على البدل من قوله : الحمد لله . وإذا أكل جماعة ، فمن الأدب أن يتحدثوا على طعامهم بما لا إثم فيه ، ويكره أن يتمخط ويبصق في حال أكلهم إلا لضرورة ، ويكره أن يقرب فمه من القصعة بحيث يرجع من فمه إليها شيء . ويستحب أن يلعق القصعة ، وأن يلعق أصابعه ، وأن يأكل اللقمة الساقطة ما لم تتنجس ويتعذر تطهيرها ، للأحاديث الصحيحة في ذلك . والأولى أن لا يأكل الشخص وحده ، وأن لا يرتفع عن مؤاكلة الغلام والصبيان والزوجة ، وأن لا يتميز على جلسائه بنوع إلا لحاجة ، كدواء ، ونحوه ، وأن يمد الأكل مع رفقته ما دام يظن لهم حاجة إلى الأكل ، وأن يؤثرهم بفاخر الطعام ، كقطعة لحم وخبز لين ، أو طيب ونحو ذلك ، وقد سبق استحباب التسمية في أول الطعام ، وهي مستحبة لكل آكل ، حتى الحائض والنفساء . وينبغي أن يجهر بها جهراً يسمعه رفقته سماعاً محققاً ، ليقتدى به فيها ، وليتنبه غيره لها[1] ويستحب لكل واحد من الجماعة ، أن يسمي . فإن سمى واحد من الجمع ، أجزأ عن الباقين ، نص عليه الشافعي رضي الله عنه ، وقد ذكرته في « كتاب الأذكار » وفي « طبقات الفقهاء » في ترجمة الشافعي ، وهو شبيه برد السلام ، وتشميت العاطس ، فإنه يكفي قول أحد الجماعة . ومن ترك التسمية عامداً أو مكرهاً ، أو لعارض آخر ، ثم تمكن في أثناء أكله ، سمى ، كما لو نسيها ، وسبق مثله في الوضوء ، والتسمية في المشروب كالمأكول . ولا بأس بقوله : لا أشتهي هذا الطعام ، أو ما اعتدت أكله ، لحديث الضب . ويستحب لمن حضر وهو صائم ولم يأكل ، أن يدعو لأهل الطعام ، ويستحب الترحيب بالضيف وحمد الله تعالى على حصوله ضيفاً عنده ، وسروره به ، وثناؤه عليه لجعله أهلاً لتضييفه . ففي « الصحيحين »[2] ، أن رسول الله ﷺ قال : « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر ، فليكرم ضيفه » . والله أعلم .

فصل : يجوز نثر الجوز واللوز والتمر والسكر ونحوها في الإملاكات . وهل يكره أم يستحب ، أم لا يستحب ولا يكره ، بل تركه أولى ؟ فيه أوجه . أصحها

---

(١) في هامش « ط » في الأصل فيها .

(٢) (أخرجه البخاري ١٠/٤٤٥) كتاب الأدب/ باب : من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يؤذ جاره حديث (٦٠١٩) .

(ومسلم ٣/١٣٥٣) كتاب اللقطة/ باب : الضيافة حديث (١٤/٤٨) (١٥/٤٨) .

الثالث[١] . والتقاط النثار جائز ، لكن الأولى تركه ، إلا إذا عرف أن الناثر لا يؤثر بعضهم على بعض ، ولم يقدح الالتقاط في مروءته[٢] ، ثم من التقط لم يؤخذ منه . وهل يملكه ؟ وجهان . أحدهما : لا ، لأنه لم يوجد لفظ تمليك لمعين[٣] والثاني : يملك اعتباراً بالعادة ، والأئمة إلى هذا الوجه أميل ، وهو مقتضى إطلاق أكثرهم . فعلى الأول ، للناثر الاسترجاع . قال ابن كج : له الاسترجاع ما لم يخرج الملتقط من الدار ، وعليه الغرم إن أتلفه . وإن قلنا : يملك فهل يخرج عن ملك الناثر بالنثر ، أم بأخذ الملتقط ، أم بإتلافه ؟ فيه أوجه .

قلت : الأصح أنه يملك بالأخذ كسائر المباحات . والله أعلم .

ومن وقع في حجره شيء من النثار ، فإن بسطه لذلك يؤخذ[٤] منه . فإن سقط منه بنفس الوقوع ، لم يبطل حقه على الأصح ، فيمنع غيره من أخذه . وإن لم يبسطه له ، لم يملكه ، لعدم القصد والفعل . فإن نفضه ، فهو كما لو وقع على الأرض أولاً ، وإلا فهو أولى به من غيره ، وليس لغيره أن يأخذه . فلو أخذه غيره ، ففي ملكه وجهان جاريان ، فيما لو عشش طائر في ملكه فأخذ فرخه غيره . وفيما إذا دخل السمك مع الماء حوضه ، وفيما إذا وقع الثلج في ملكه فأخذه غيره ، وفيما إذا أحيا ما يحجره غيره . لكن الأصح أن المحيي يملك . وفي هذه الصور ميلهم إلى المنع أكثر ، لأن المتحجر غير مالك فليس الإحياء تصرفاً في ملك غيره ، بخلاف هذه الصورة[٥] ولو سقط من حجره قبل أن يقصد أخذه ، أو قام فسقط ، بطل اختصاصه ،

---

(١) قال في الخادم : الذي نص عليه الشافعي في الأم وأطبق عليه جمهور الأصحاب الكراهة إلى آخر ما ذكره .

(٢) قال الشيخ البلقيني : نص في الأم في آخر باب شهادة المقاذف على كراهته فقال : وإذا نثر على الناس في الفرح فأخذه بعض من حضر لم يكن هذا مما يجرح به شهادة أحد لأن كثيراً يزعم أن هذا مباح حلال لأن مالكه إنما طرحه لمن يأخذه فأما أنا فأكرهه لمن أخذه من قبل أن يأخذه من يأخذه ولا يأخذه إلا فعليه لمن حضره وإما يفضل قوة وإما يفضل قلة حياء والمالك لم يقصد قصده، وإنما قصد به قصد الجماعة فأكرهه لأخذه لأنه لا يعرف حظه من حظ من قصد به بلا إذنه وأنه خسة وسخف . ونقل هذا النص بحروفه الأذرعي في القوت . قال : ونقله في الروضة في كتاب الشهادات عن الشامل وتبعه عليه وجزم به الجماهير لا سيما العراقيون وليس في الابانة والتتمة سواه إلى آخر ما ذكره .

(٣) في هامش « ط » في الأصل المعين .

(٤) في « ط » لم يؤخذ .

كما لو طَأْل الفرخ ، فإنه يجوز لغير صاحب الأرض أخذه بلا خلاف . ثم اختصاص من وقع في حجره مخصوص بمن هو ممن يأخذه . أما من يعلم أنه لا يأخذه ولا يرغب فيه ، فلا اختصاص له به ، ويجوز لغيره أخذه من حجره ، ذكره البغوي وغيره . ويكره أخذ النثار من الهواء بالملاءة والأزر المربوطة برؤوس الخشب . فإن أخذ كذلك ، استحقه ونثر الدراهم والدنانير ، كنثر السكر ذكره المسعودي .

قلت : ولو التقط النثار صبي ملكه ، ولو التقطه عبد ملكه سيده ، ذكره إبراهيم المروذي ، والختان في هذا كإملاك . والله أعلم .

كتاب عِشْرة النّساء
والقسم والشقاق

فيه بابان .

الأول : في عشرتهن والقسم .

النكاح مناط حقوق الزوج على الزوجة ، كالطاعة وملازمة المسكن وحقوقها عليه ، كالمهر والنفقة ، والكسوة ، والمعاشرة بالمعروف . قال الله تعالى : ﴿**ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف**﴾[1] والمراد تماثلها في وجوب الآداب . وقال تعالى : ﴿ **وعاشروهن بالمعروف** ﴾[2] .

قال الشافعي رحمه الله : جماع المعروف بين الزوجين ، الكف عن المكروه ، وإعفاء صاحب الحق من المؤنة في طلبه من غير إظهار كراهته في تأديته . فأيهما مطل بتأخيره ، فمطل الغني ظلم ، قال الأصحاب : أراد بالكف عن المكروه ، الامتناع عما يكرهه صاحبه ، وبإعفاء صاحب الحق من المؤنة في طلبه أن لا يحوجه في أداء الحق إلى كلفة ومؤنة . وبقوله من غير إظهار كراهة ، أن يؤدي الحق راضياً طلق الوجه . ومن المعاشرة بالمعروف : القَسم . وفائدته : العدل والتحرز عن الإيذاء والإيحاش بترجيح البعض ، وقد يعرض ما يقتضي التفضيل . ويتضمن الباب خمسة أطراف .

الأول : في استحقاق القسم . من له زوجة واحدة ، ينبغي أن لا يعطلها ، فيستحب أن يُبيت عندها ويحصنها ، وأدنى الدرجات أن لا يخلي أربع ليال عن

---

(١) سورة البقرة الآية (٢٢٨) .

(٢) سورة النساء الآية (١٩) .

ليلة ، ولا يجب عليه المبيت بحال ، لأنه حقه فله تركه . ولو كان له مستولدات أو إماء ، فلا قسم لهن ، ويستحب أن لا يعطلهن ، وأن يسوي بينهن . ولو كان معهن نساء ، فلا قسم بينهن وبين النساء . حتى لو بات عند المنكوحات أو عند الإماء ، فلا قسم للأخريات . وإذا كان تحته زوجتان فأكثر ، فالإعراض عن جملتهن كالإعراض عن الواحدة المنفردة . وحكى القاضي أبو حامد وجهاً أنه يلزمه القسم بينهن ، ويحرم إعراضه عنهن ، ويمكن أن يجيء مثله في الواحدة . ولو بات عند بعضهن ، لزمه مثله للباقيات . وإذا سوى بينهن في الظاهر ، لم يؤاخذ بزيادة ميل قلبه إلى بعضهن ، ولا تجب التسوية في الجماع ، لكن يستحب التسوية فيه وفي سائر الاستمتاعات . ولو قسم بينهن مدة وسوى ثم أعرض عنهن ، جاز كالابتداء .

فصل فيمن تستحق القسم : فيه مسائل .

إحداها : تستحقه المريضة[1] ، والرتقاء ، والقرناء ، والحائض ، والنفساء ، والمحرمة ، والمؤلى منها ، والمظاهر منها ، والمراهقة ، والمجنونة التي لا يخاف منها ، لأن المراد الأنس . قال المتولي : والمعتدة عن وطء شبهة لا قسم لها ، لأنه يحرم الخلوة بها[2] .

---

(١) قال الشيخ البلقيني : يستثنى من استحقاق المريضة صورة واحدة وهي : ما إذا أراد السفر بجميع نسائه فتخلفت واحدة للمرض فإنه لا قسم لها وإن كانت تستحق النفقة صرح به الماوردي في باب السفر من هذا الباب وقال : إن المحبوسة في حق وجب عليها لا قسم لها كما لا نفقة لها ، وقد ذكر المصنف مسألة النفقة في التفليس والنفقات . ونقل في التفليس عن فتاوى ابن الصباغ أنه إن ثبت بالبينة لم تسقط وصورها في دس استدانته بغير إذن الزوج واختار في التفليس سقوط في صورتي البينة والاقرار وأطلق في النفقات أنه لا نفقة لها وقياس ذلك أنه لا قسم لها ويزاد في القسم شيء آخر وهو انها إن استحقته في الحبس لزم أحد أمرين . اما الاضرار بالزوج أو ترفه المحبوسة وإنها تمنع منه كما سبق في التفليس فى نظيره من الرجل عن فتاوى ابن الصباغ والغزالي جعل النظر في ذلك إلى القاضي وإن استحقت القضاء فقد دخل الضرر على بقية الزوجات والتحقيق السقوط قال : ولم يذكروا الصغيرة ومقتضى القواعد أنها لا تستحق القسم كما أنه لا نفقة لها . انتهى .

وما ذكره الشيخ البلقيني يؤخذ من قول الشيخ المصنف والمراهقة أي يستحق القسم فافهم أن دون المراهقة فلا قسم لها .

(٢) قال في الخادم : قد جزم بتحريم الخلوة بها أيضاً في باب الاستبراء ثم نقل عن ابن الرفعة أن ما ذكره الرافعي من منع الخلوة هنا أن يكون فيما إذا كانت حاملاً أو بناء على أحد الوجهين في أنه لا يحل له التلذذ بها .

الثانية : إذا نشزت عن زوجها ، بأن خرجت من مسكنه ، أو أراد الدخول عليها فأغلقت الباب ومنعته ، أو ادعت عليه الطلاق ، أو منعت التمكين ، فلا قسم لها كما لا نفقة . وإذا عادت إلى الطاعة ، لم تستحق القضاء ، وامتناع المجنونة كامتناع العاقلة ، لكن لا تأثم .

الثالثة : إن لم ينفرد بمسكن وطاف عليهن في مساكنهن ، فذاك ، وإن انفرد ، فيتخير بين المضي إليهن ودعائهن إلى مسكنه في نوبتهن والأول أولى اقتداءً برسول الله ﷺ . فإن دعاهن ، لزمهن الإجابة . ومن امتنعت ، فهي ناشزة[١] . وهل له أن يدعو بعضهن إلى مسكنه ويمضي إلى مسكن بعضهن ؟ وجهان . وقال الحناطي : قولان . أصحهما : المنع ، وبه قطع البغوي والسرخسي وغيرهما[٢] . فإن أقرع بينهن ليدعو من خرجت قرعتها إلى منزله ، فينبغي القطع بالجواز[٣] ، كالمسافرة

---

(١) قال في القوت : هكذا أطلقه الشافعي والجمهور وقال الماوردي : إن كانت المرأة ذات منصب وحشمة لم تجر عادتها بالبروز صينت عن الخروج ولم يلزمها الاجابة ولزم القسم لها في منزلها وهذا حسن وإن استغربه الروياني ولا سيما مع بعد منزلها عنه دون غيرها .
قال الزركشي : وسيأتي في كلام الرافعي والامام ما يؤيده وأنه لا خلاف فيه قال الأذرعي أيضاً في القوت : محل كون الامتناع نشوزاً حيث لا عذر فإن كان لعذر كمرض ونحوه عذرت وبقيت على حقها . (قاله الماوردي) . وقال ابن كج : إن منعها مرض عليه أن يبعث إليها من يحملها إليه ويجوز أن يجمع بين الكلامين بجمل الأول على المرض الشديد المعجز والثاني على الخفيف ويحتمل أن تكون المسألة على وجهين يجريان في الزمنة المعقدة ومقطوعة الرجل وهل المطر والوحل الشديدان ونحوهما فيه نظر . نعم لو بعث لها مركوباً وواقية من المطر فلا وقد يختلف هذا باختلاف طبقات الناس وعاداتهم .

(٢) نازع الأذرعي في ذلك فقال عن الوجه الثاني المقابل لترجيح المصنف أنه هو الذي أورده العراقيون ومال إليه الامام كما له المسافرة ببعض دون بعض وهذا ما نص عليه في الايلاء حكماً وتعليلاً وبه جزم الروياني في الحلية ونقله من البحر عن النص وغلط من قال غيره : ومن أبت ذلك منهن فناشزة وهذا هو المذكور في العدة والبيان وهما نقله نصه الطريقين وظاهر كلام المصنف في تنقيحه ترجيحه فإنه حكى الأول عن التهذيب فقط والثاني عن أبي حامد وجماعة وأجاب من قال بالأول وهم الأقلون على القياس على المسافرة بأنها تكون بالقرعة وهي تدفع الوحشة .

(٣) قال الأذرعي : اعترض بأن السفر عذر ، فإن كان ذاك حيث ثم عذر صح إلحاق هذه الحالة به وإلا فلا .
قال ويخرج من كلام الحاوي وجه ثالث فارق بين الشريفة المخدرة وغيرها وحكى بعضهم الوجهين ...لين .

ببعضهن بالقرعة . ثم الوجهان ، إذا لم يكن التخصيص بعذر ، فإن كان بأن كان مسكن إحداهما قريباً إليه ، فمضى إليها ودعا الأخرى لتخف عنه مؤنة السير ، لزمها الإجابة ، وكذا لو كان تحته عجوز وشابة ، فحضر بيت الشابة لكراهة خروجها ودعا العجوز ، فلزمها الإجابة ، فإن أبت ، بطل حقها . وإذا كان يدعوهن إلى منزله ، فمنع بعضهن شغل لها ، بطل حقها . وإن منعها من الإجابة مرض ، قال ابن كج : عليه أن يبعث إليها من يحملها إليه .

ولو أقام عنده واحدة منهن ، ودعا الباقيات إلى بيتها ، لم تلزمهن الإجابة لما فيه من المشقة .

الرابعة : إن سافرت معه ، فسيأتي حكمه إن شاء الله تعالى . وإن سافرت وحدها من غير إذنه ، فهي ناشزة[1] . وإن أذن ، نظر ، إن كان السفر لغرضه ، بقي حقها فيقضيه من حق الباقيات . وإن كان لغرضها كحج وتجارة ، سقط حقها على الجديد ، فلا قضاء لها . وقيل بالسقوط قطعاً ، وفائدة الإذن دفع الإثم .

فصل فيمن يستحق عليه القسم : هو كل زوج عاقل ، وإن كان مراهقاً أو سفيهاً . فإن جاز المراهق ، فالإثم على وليه ، وإن جاز السفيه ، فعلى نفسه ، وأما المجنون ، فإن كان لا يؤمن منه ضرر ، فلا قسم ، وإن أمن ، فإن كان قسم لبعضهن ثم جن ، فعلى الولي أن يطوف به على الباقيات قضاءً لحقوقهن ، كقضاء الديون .

قال المتولي : وذلك إذا طلبن . فإن أردن التأخير إلى إفاقته لتتم المؤانسة ، فلهن ذلك . وإن لم يكن عليه شيء من القسم ، فإن رأى منه ميلاً إلى النساء ، وقال أهل الخبرة : ينفعه غشيانهن ، لزم الولي أن يطوف به عليهن ، أو يدعوهن إلى منزله ، أو يطوف به على بعضهن ، ويدعو بعضهن كما يرى . وإن لم ير منه ميلاً ، فليس عليه الطواف به .

وحكى الفوراني وجهاً ، أن حق القسم يبطل بالجنون ، ولا يطالب الولي برعايته بحال ، ولا يجري الوجه فيما إذا قيل : ينفعه الغشيان . ولو قيل : يضره ، لزمه منعه عنهن .

---

(١) قال في القوت : هذا حيث لا عذر فلو اضطرت كما لو خربت القرية وارتحل أهلها ولم يمكنها الاقامة والزوج غائب عنها فلا ينبغي أن تكون بهذا ناشزاً لقيام الضرورة .

أما من به جنون منقطع ، فإن ضبط ، كيوم ويوم ، جعلت أيام الجنون كالغَيْبَة ، ويقسم في إفاقته . ولو أقام في الجنون عند واحدة ، فلا قضاء ولا اعتداد به ، كذا قاله البغوي وغيره ، وفيه إشعار بأنه لا يقسم أيام جنونه . وحكى أبو الفرج وجهاً ، أنه إذا أقام في الجنون عند واحدة ، قضى للباقيات . وقال المتولي : يراعي القسم في أيام الإفاقة ، ويراعيه الولي في الجنون ، ولكل واحدة نوبة من هذا ، ونوبة من هذا ، وهذا حسن . وإن لم تنضبط الإفاقة ، وقسم الولي لواحدة في الجنون ، وأفاق في نوبة الأخرى ، قال الغزالي : يقضي ما جرى في الجنون لنقصه .

الطرف الثاني : في مكان القسم وزمانه ، فيه مسائل .

إحداها : يحرم عليه أن يجمع بين زوجتين ، أو زوجات في مسكن ولو ليلة واحدة[١] إلا برضاهن .

والمراد بالمسكن : ما يليق بامرأة من دار وحجرة بيت مفرد . فاللواتي تليق بكل واحدة منهن بيت أو دار أو حجرة ، لا يجمع بينهن في دار واحدة ولا حجرة واحدة ، لكن لو كان في الدار حجر مفردة المرافق ، فله أن يسكنهن فيها . وكذا لو أسكن واحدة في العلو والأخرى في السفل والمرافق متميزة ، واللواتي يليق بهن البيوت الفردة له أن يسكن كل واحدة منهن بيتاً من خان واحد ، أو دار واحدة ، ولا يجمع بينهن في بيت إلا بالرضى . وإذا جمعهما في مسكن بالرضى ، كره وطء إحداهما بحضرة الأخرى[٢] .

ولو طلب ، لم تلزمها الإجابة ، ولا تصير بالامتناع ناشزة .

---

(١) تقييده بزوجتين قد يخرج السرية .
قال الأذرعي وغيره : قال الماوردي : وكذا لا يجوز الجمع في المسكن بين زوجة وسرية ثم قال وتابعه الروياني .

(٢) قال الأذرعي : ظاهر كراهة التنزيه وبه صرح المصنف في تعليقه على التنبيه ، والذي ذكره المحاملي في المجموع أنه ليس ذلك لأن فيه سفهاً ودناءة ، وذكر الشيخ أبو حامد في تعليقه النص على منع جواز إسكانهما في البيت الواحد وهو قضية كلام الحاوي وغيره وقضية نصه في الأم وهو الصواب لما فيه من سوء المعاملة وطرح جلباب الحياء والأذى الشديد ولا سيما للمستحيات الخَفِرات ولا شك أنها لو منعته في هذه الحالة جاز لها ولا تكون بذلك ناشزة .

الثانية : عماد القسم الليل والنهار تابع ، وله أن يرتب القسم على الليلة واليوم الذي قبلها ، أو اليوم الذي بعدها ، هذا حكم عامة الناس .

وأما من يعمل ليلاً ويسكن نهاراً ، كالأتُّوني والحارس ، فعماد قسمه النهار ، والليل تابع ، وعماد قسم المسافر وقت نزوله ليلاً كان أو نهاراً قليلاً أم كثيراً .

الثالثة : مَن عماد قسمه الليل ، يحرم عليه أن يدخل في نوبة واحدة على الأخرى ليلاً وإن كان لحاجة كعيادة وغيرها . وقيل : يجوز للحاجة ، وهو ضعيف ، ويجوز الدخول للضرورة بلا خلاف .

قال في « الشامل » : هي مثل أن تموت أو يكون منزولاً بها .

وقال الشيخ أبو حامد وغيره : هي كالمرض الشديد . قال الغزالي : هي كالمرض المخوف . قال : وكذا المرض الذي يحتمل كونه مخوفاً ، فيدخل لتبيين الحال . وفي وجه : لا يدخل حتى يتحقق أنه مخوف . ثم إذا دخل على الضرة لضرورة ، أو مكث ساعة طويلة ، قضى لصاحبة النوبة مثل ذلك في نوبة المدخول عليها ، وإن لم تكن[1] إلا لحظة يسيرة ، فلا قضاء . ولو تعدى بالدخول ، إن طال الزمان ، قضى ، وإلا ، فلا ، لكن يعصي . وعن القاضي حسين تقدير القدر المقتضي بثلث الليل . والصحيح أن لا يقدر[2] . هذا إذا لم يجامع المدخول عليها ، فإن جامعها ، عصى . وفي القضاء أوجه . أحدها : أنه أفسد الليلة ، فلا تحسب على صاحبة النوبة . والثاني : يقضي الجماع في نوبة التي جامعها . وأصحها : يقضي من نوبتها مثل تلك المدة ، ولا يكلف الجماع . فإن فرض الجماع في لحظة يسيرة ، فلا قضاء على هذا الوجه ، ويبقى الوجهان الأولان .

فرع : وأما النهار ، فلا تجب التسوية فيه بين النسوة في قدر إقامته في البيت ، ولكن ينبغي أن تكون إقامته في بيت صاحبة النوبة إن أقام ، ولا يدخل على غيرها إلا لحاجة ، كعيادة ، وتعرّف خبر ، وتسليم نفقة ، ووضع متاع واحدة ، وينبغي أن لا يطيل المقام ، ولا يعتاد الدخول على واحدة في نوبة الأخريات ، ولا في نوبة واحدة الدخول على غيرها . وإذا دخل على واحدة بغير حاجة ، ففي « التجريد » للمحاملي : أنه يجب القضاء ، وحكاه عن نصه في « الإملاء » . وإن دخل لحاجة ، فلا قضاء . هذا هو الصحيح المعروف ، وحكى الغزالي وجهين

آخرين . أحدهما : أن النهار كالليل ، ومقتضى هـذا الإطلاق ، أن لا يـدخل إلا لضرورة ، وأنه يقضي إذا دخل متعدياً . وحكى ابن كج أن أبـا إسحاق حكى في وجوب القضاء قولاً . والثاني : لا حجر بالنهار . ومقتضى هذا أن يدخل ويخـرج كيف شاء بلا قضاء ، ولا يجوز في دخول الحاجة أن يجامع . وفي سائر الاستمتاعات وجهان . أصحهما : الجواز . وفي كتاب ابن كج أنه يجوز الجماع وهو شاذ .

فرع : من عماد قسمه النهار ، فليله كنهار غيره ، ونهاره كليل غيره في جميع ما ذكرنا .

فرع : نقل البغوي وغيره ، أنها إذا مرضت ، أو طرأ بها الطلق ، فإن كان لها متعهد ، لم يبت[1] عندها إلا في نوبتها ، ويراعي القسم . وإن لم يكن متعهد ، بات عندها ليـالي بحسب الحاجـة ويقضي للباقيـات[2] إن برأت . وإن مـاتت ، تعذر القضاء . وفي القضاء لا يبيت عند كل واحدة من الأخريات جميع تلك الليالي ولاءً ، بل لا يزيد على ثلاث ليال ، وهكذا يدور حتى يتم القضاء .

ولو مرضت ثنتان ولا متعهد ، فقد يقال : يقسم الليالي عليهما ، ويسوي بينهما في التمريض ، ويمكن أن يقال : يقرع بينهما كما يسافر بها بالقرعة .

قلت : القسم أرجح . والله أعلم .

فرع : كان يعمل تارة بالليل ، ويستريح بالنهار ، وتارة عكسه ، فهل يجوز أن يبدل الليل بالنهار ، بأن يكون لواحدة ليلة تابعة ونهـار متبوع ، ولـلأخرى ليلة متبوعة ونهار تابع ؟ وجهان حكاهما الحناطي .

قلت : الأصح المنع لتفاوت الغرض . والله أعلم .

الرابعة : أقل نوب القسم ، ليلة ليلة ، ولا يجوز ببعض الليلة . وحكى ابن كج وجهاً ، أنه يجوز أن يقسم لكل واحدة بعضاً من ليلة . وحكى الإمام وجهاً أنه يجوز أن يقسم لكل واحدة ليلة ونصفاً ، ولا يجوز لكل واحدة بعض ليلة . والصحيح المنع مطلقاً .

والأفضل أن لا يزيـد على ليلة اقتداءً بـرسول الله ﷺ ، وليقـرب عهده بهن كلهن . ولـو قسم ليلتين ليلتين ، أو ثـلاثـاً ثـلاثـاً ، جـاز ، نص عليـه . وفي وجـه عن أبي

إسحاق : لا تجوز الزيادة على ليلة إلا برضاهن . والصحيح الأول . ولا تجوز الزيادة على ثلاثة إلا برضاهن على المذهب . وقيل : قولان أو وجهان . فإن جوزنا الزيادة ، فوجهان . أحدهما عن صاحب « التقريب » : لايجوز الزيادة على سبعة . والثاني عن الشيخ أبي محمد وغيره : تجوز الزيادة ما لم تبلغ أربعة أشهر مدة تربص المؤلي .

الخامسة : إذا أراد الابتداء بالقسم ، فوجهان . أحدهما : يبدأ بمن شاء . والصحيح يلزمه القرعة ، فيبدأ بالقارعة . فإذا مضت نوبتها ، أقرع بين الباقيات . ثم بين الآخرتين ، فإذا تمت النوب ، راعى الترتيب ، ولا حاجة إلى إعادة القرعة . ولو بدأ بلا قرعة ، فقد ظلم ، ويقرع بين الثلاث . فإذا تمت النوب ، أقرع للابتداء .

الطرف الثالث : في التساوي وبيان محل التفاضل .

القسم المشروع للعدل ، فيحرم التفضيل وإن ترجحت إحداهما بشرف وغيره ، فتجب التسوية بين المسلمة والكتابية ، ولا يجوز التفضيل إلا بشيئين . أحدهما : الحرية ، فللحرة ضعف ما للأمة ، فدورهما أثلاث .

فلو طرأ عتق الأمة ، فإما أن يكون الابتداء بالحرة ، وإما بالأمة .

الحالة الأولى : بالحرة . فإما أن تعتق في نوبة الحرة ، وإما في نوبتها .

القسم الأول : في نوبة الحرة ، وهو ضربان .

أحدهما : أن يعتق في القدر المشترك بين الحرة والأمة ، بأن عتقت في الليلة الأولى من ليلتي الحرة ، فيتم الليلة ويبيت الليلة الأخرى عند العتيقة ليسوي بينهما .

الضرب الثاني : عتقت في الليلة الثانية ، فلا يلزمه الخروج ، بل له أن يبيت عند الحرة بقية الليل ، لكن يبيت بعد ذلك عند العتيقة ليلتين . فلو خرج في الحال ، وكان بقية الليلة في مسجد أو بيت صديق ، لم يلزمه قضاء ما مضى من تلك الليلة . وإن خرج بقية الليلة إلى العتيقة ، فقد أحسن .

القسم الثاني : تعتق في نوبة نفسها ، فإن عتقت قبل تمام ليلتها ، كمل لها ليلتين لالتحاقها بالحرة ، وحكى الحناطي وغيره وجهاً ، أنها لاتستحق إلا ليلة ، نظراً إلى الابتداء . وإن عتقت بعد تمام ليلتها ، لم تستحق إكمال ليلتين ، بل يقتصر

في تلك النوبة على تلك الليلة ، ثم يسوي بينهما . وهل العتق في يومها التالي ليلتها كعتقها في ليلتها ؟ حكي عن إمام الحرمين فيه وجهان . أصحهما وهو الموافق لكلام الجمهور : المنع لأنه تابع .

الحالة الثانية : بدأ بالأمة فعتقت في نوبتها ، صارت كالحرة فيسوي بينهما . وإن عتقت بعد تمام نوبتها ، فوجهان . أحدهما : يبيت عند الحرة ليلتين ، ثم يسوي بعد ذلك ، وبهذا قطع الإمام ، والمتولي ، والغزالي ، والسرخسي ، ومنع البغوي تكميل الليلتين وقال : إن عتقت في الأولى من ليلتي الحرة ، أتمها واقتصر عليها ، وإن عتقت في الثانية ، خرج من عندها في الحال . وعلى نحو هذا جرى الشيخ أبو حامد وأصحابه وصاحب « المهذب » .

فرع : ذكر ابن كج والشيخ أبو الفرج وغيرهما ، أن الأمة إنما تستحق القسم إذا استحقت النفقة وفي نص الشافعي رضي الله عنه إشارة إليه ، وقد بينا في « كتاب النكاح » متى تجب نفقتها .

فرع : إسقاط حق القسم بهبته للزوج ، أو لضرة الأمة لا للسيد ، لأن معظم الحظ في القسم لها ، كما أن خيار العيب لها لا له .

فرع : ذكر المتولي ، أنه إذا قسم للحرة ليلتين ، ثم سافر السيد بالأمة ، لم يسقط حقها من القسم ، بل على الزوج قضاء ما فات عند التمكن ، لأن الفوات حصل بغير اختيارها فعذرت .

السبب الثاني : تجدد النكاح ، وهو يقتضي تخصيص الجديدة بزيادة مبيت عند الزفاف ، وهي سبع ليال للبكر ، وثلاث للثيب ، للحديث الصحيح في ذلك ، ولتزول الحشمة بينهما ، وهذا التخصيص واجب على الزوج . وحكى الحناطي في وجوبه قولين . والمذهب الأول ، حتى قال المتولي : لو خرج بعض تلك الليالي بعذر ، أو أخرج ، قضى عند التمكن . وتجب الموالاة بين السبع والثلاث ، لأن الحشمة لا تزول بالمفرق . فلو فرق ، ففي الاحتساب به وجهان ذكرهما أبو الفرج الزاز . وظاهر كلام الجمهور المنع ، وذكر الزاز تفريعاً عليه ، أنه يوفيها حقها متوالياً ، ويقضي ما فرق للأخريات ، وسواء كانت ثيوبة الجديدة بنكاح أو زنا أو وطء

شبهة . ولو حصلت بمرض أو وثبة ، فعلى الوجهين في استئذانها نطقاً في النكاح . ولو كانت الجديدة أمة ـ ولا يتصور ذلك إلا في العبد ، فإن له نكاح أمة على حرة ـ فوجهان . أصحهما : أنها كالحرة في استحقاق السبع والثلاث ، لأن المراد زوال الحشمة ، والأمة كالحرة فيه . والثاني : لها نصف ما للحرة كالقسم . وعلى هذا في صفة التنصيف وجهان . أحدهما : تجبر الكسر ، فللبكر أربع ، وللثيب ليلتان . وأصحهما وبه قطع البغوي : للبكر ثلاث ونصف ، وللثيب ليلة ونصف ، ثم الاعتبار بحال الزفاف .

فلو نكحها وهي أمة ، وزفت إليه وهي حرة ، فلها حق الحرائر قطعاً .

وإن عتقت بعد الزفاف ، فلها حق الإماء . قال البغوي : ويحتمل أن يقال : لها حق الحرائر إذا عتقت في المدة .

فرع : إذا وفى حق الزفاف من الثلاث أو السبع ، لم يقض للباقيات ، ويستحب أن يخيّر الثيب بين أن يقيم عندها ثلاثاً بلا قضاء ، وبين أن يقيم عندها سبعاً ويقضيهن للباقيات ، كما فعل رسول الله ﷺ بأم سلمة رضي الله عنها . فإن اختارت السبع فأجابها ، قضى السبع للباقيات . وإن أقام بغير اختيارها ، لم يقض إلا الأربع الزائدة ، هذا هو المذهب ، وبه قطع الأصحاب . وحكي في « المهذب » فيما إذا أقام سبعاً ، وجهين في أنه يقضي السبع ، أو أربعاً ، هكذا أطلقه . فإن أراد : إذا التمسته ، حصل وجه أنه لا قضاء على خلاف المذهب . وإن أراد : إذا لم تلتمسه ، أو كلتا الحالتين ، حصل وجه أنه يجب القضاء ، وإن لم يختر على خلاف المذهب . ولو التمست أربعاً ، أو خمساً ، أو ستاً ، لم يقض إلا ما زاد على الثلاث . ولو التمست البكر عشراً ، لم يجبر إجابتها . فإن أجابها ، لم يقض إلا ما زاد على السبع .

فرع : لو وفى حق جديدة ، ثم طلقها ، ثم راجعها ، فليس لها حق الزفاف ، لأنها باقية على النكاح الأول وقد وفى حقه . وإن أبانها ثم جدد نكاحها ، فقولان أو وجهان . أظهرهما : تجدد الحق .

ويجري الخلاف فيما لو أعتق مستولدته أو أمته التي هي فراشه ثم نكحها .

أما لو أبانها قبل توفية حقها ثم نكحها ، فيلزمه التوفية بلا خلاف . ولو أقام عند البكر ثلاثاً واقتضتها ، ثم أبانها ثم نكحها ، فإن قلنا : يتجدد حق الزفاف ، بات عندها ثلاث ليال لأنه حق زفاف الثيب . وإن قلنا : لا يتجدد ، بات أربعاً تتميماً للزفاف الأول .

فرع : نكح جديدتين ، وفى لهما حق الزفاف ، وكذا لو لم يكن في نكاحه غيرهما . ثم إن زفتا على الترتيب ، أدى حق الأولى أولاً . وإن زفتا معاً وهو مكروه ، أقرع بينهما للابتداء ، فإذا خرجت قرعة إحداهما ، قدم الجميع[1] السبع أو الثلاث . وحكى ابن كج وجهاً أنه يقدمها بليلة ثم يبيت عند الأخرى ليلة ، وهكذا يفعل إلى تمام المدة . وحكى البغوي في « الفتاوى » وجهاً ، أنهما إذا كانتا بكرين أو ثيبين ، فليس لهما حق الزفاف إن لم يكن في نكاحه غيرهما . فإن أراد أن يبيت عندهما ، لزمه التسوية . وإن كانت إحداهما بكراً والأخرى ثيباً ، خص البكر بأربع ، ثم يسوي ، وهذا ضعيف .

فرع : في فتاوى البغوي ، أن حق الزفاف إنما يثبت إذا كان في نكاحه أخرى . فإن لم تكن ، أو كانت وكان لا يبيت عندها ، لم يثبت حق الزفاف للجديدة ، كما لا يلزمه أن يبيت عند زوجته أو زوجاته ابتداءً .

فرع : إذا كانت عنده نسوة فزفت إليه الجديدة بعدما سوى بينهن ، فيوفيها حقها ، ثم يستأنف القسم بين الجميع . وإن كان عنده زوجتان فزفت الجديدة بعدما قسم لإحداهما ليلة ، وفي حق الزفاف ، ثم يقسم للقديمة الأخرى ليلة ، ويبيت عند الجديدة نصف ليلة ، لأنها تستحق ثلث القسم ، ثم يخرج بقية الليلة إلى مسجد ونحوه ، ثم يستأنف القسم بين الثلاث بالسوية .

فرع : ينبغي أن لا يتخلف بسبب حق الزفاف عن الجماعات ، وعيادة المرضى ، وتشييع الجنائز ، وإجابة الدعوات ، وسائر أعمال البر التي كان يقوم بها . هذا في النهار ، وأما في الليل ، فقالوا : لا يخرج لأن هذه مندوبات ، والمقام عندها واجب . قالوا : وفي دوام القسم ، يجب أن يسوي بينهن في الخروج إلى الجماعات وأعمال البر ، بأن يخرج في ليلة الجميع ، أو لا يخرج أصلاً . فلو خرج في ليلة بعضهن فقط ، فحرام .

الطرف الرابع : في الظلم والقضاء ، فيه مسائل .

إحداها : تحته ثلاث نسوة ، بات عند ثنتين عشرين ليلة ، إما عشراً عند هذه ثم عشراً عند هذه ، وإما ليلة ليلة ، فتستحق الثالثة عشر ليال متوالية لا يجوز تفريقها . فلو نكح جديدة عقبى العشرين ، لم يجز تقديم العشر ، لأنه ظلم للجديدة ، بل يوفيها أولاً حق الزفاف ، ثم يقسم بين الجديدة والمظلومة ، ويجعل للمظلومة ليلتها وليلتي الآخرتين ، فيبيت عند الجديدة ليلة ، وعند المظلومة ثلاث ليال . فإذا دار هكذا ثلاث نوب ، فقد وفاها تسعاً وبقيت ليلة . فإن كان بدأ بالمظلومة ، فإذا تمت التسع لها ، بات عند الجديدة ليلتها لتمام القسم ، ثم يبيت عند المظلومة ليلة لتمام العشر، ويبيت عند الجديدة بهذه الليلة ثلث ليلة[1] ثم يخرج إلى موضع خال عن زوجاته ، ثم يستأنف القسم بعد ذلك للأربع . وعن الشيخ أبي محمد ، أنه لا يبيت ثلث الليلة عند الجديدة ، ويعذر فيه ، وليس بشيء ، وإن كان بدأ بالجديدة ، فإذا تمت التسع للمظلومة ، بات ثلث ليلة عند الجديدة وخرج ، ثم يبيت ليلة عند المظلومة ، ثم يقسم بين كلهن بالسوية ، والقسم بين الجديدة والمظلومة بالقرعة كغيرها .

الثانية : تحته أربعٌ ، ثلاث حاضرات ، وواحدة غائبة ، فظلم واحدة من الحاضرات بالآخرتين ، ثم حضرت الغائبة ، فيقضي للمظلومة مع رعاية حق التي حضرت ، فيقسم لها ليلة ، وللمظلومة ثلاثاً ، وقد يحتاج آخراً إلى تبعيض ليلة كما سبق في المسألة الأولى ، وكذا لو كان يقسم بين نسائه ، فخرج في نوبة واحدة ، لضرورة ، بأن أخرجه السلطان ، فيقضي لها من الليلة التي بعدها مثل ما خرج ، والأولى أن يراعي الوقت ، فيقضي لأولى الليل من أوله ، ولآخرة من آخره ، ويكون باقي الليل في موضع خال عنهن ، ويستثنى ما إذا كان يخاف العسس أو اللصوص ونحو ذلك لو خرج ، فيعذر في الإقامة ، قاله المتولي . والأولى أن لا يستمتع[2] بها فيما وراء زمان القضاء .

فرع : قال في « الأم » : لو كان له أربع ، فترك القسم لإحداهن أربعين ليلة ، قسم لها عشراً . قال الأصحاب : صورته أن يبيت عند الثلاث عشراً عشراً ، ويعطل عشر الرابعة ، فلا يبيت عند واحدة فيها . أما إذا وزع الأربعين على الثلاث

بالسوية ، فحصة كل واحدة ثلاث عشرة ليلة وثلث ، فيقسم للرابعة مثل ذلك .

الثالثة : لو وهبت واحدة حقها من القسم ، لم يلزم الزوج القبول ، فله أن يبيت عندها في نوبتها . فإن رضي بالهبة ، نظر ، إن وهبت لمعينة ، جاز ويبيت عند الموهوب لها ليلتين . فإن كانت نوبة الواهبة متصلة بنوبة الموهوب لها ، بات ليلتين ولاءً ، وإلا فوجهان . أحدهما : أنه إذا انتهت النوبة إلى الموهوب لها ، بات عندها ليلتين ، لأنه أسهل عليه والمقدار لا يختلف . وقياس هذا ، أنه إذا كانت ليلة الواهبة أسبق ، وبات فيها عند الموهوب لها ، يجوز أن يقدم لها ليلتها ويبيتها متصلة بها ، وأصحهما : لا تجوز الموالاة ، بل يبيت الليلتين منفصلتين . ولو طلق الواهبة ، لم يبت عند الموهوب لها بعد ذلك إلا ليلتها ، ولا يشترط في هذه الهبة رضى الموهوب لها على الصحيح . وإن وهبت حقها للزوج ، فهل له تخصيص واحدة بنوبة الواهبة ؟ وجهان . أحدهما : نعم ، وبه قطع العراقيون والروياني وغيرهم ، وإليه ميل الأكثرين . فعلى هذا ، ينظر هل الليلتان متصلتان أم لا ؟ وحكمه ما سبق . والثاني : المنع ، فتجعل الواهبة كالمعدومة ، ويسوي بين الباقيات . ولو أبقى الدور بحاله ، وبات ليلة الواهبة في كل دور عند واحدة من الباقيات ، فلا تفضيل ولا ميل ، فلا يبعد تجويزه . فإن جاز ، فقياسه أن يجوز وضع الدور في الابتداء كذلك ، بأن تجعل ليلة بين لياليهن دائرة بينهن . ولو وهبت حقها لجميع الضرات ، أو أسقطت حقها مطلقاً ، وجب التسوية فيه بين الباقيات بلا خلاف .

فرع : للواهبة أن ترجع في الهبة متى شاءت ، ويعود حقها في المستقبل ، لأن المستقبل هبة لم تقبض . حتى لو رجعت في أثناء الليل ، يخرج من عند الموهوب لها . وأما ما مضى ، فلا يؤثر فيه الرجوع . وكذا ما فات قبل علم الزوج بالرجوع ، لا يؤثر فيه الرجوع فلا يقضيه .

وخرج في قضائه وجه من تصرف الوكيل بعد العزل قبل العلم . والمذهب الأول .

وشبهه الغزالي ، بما إذا أباحه ثمرة بستانه ثم رجع وتناول المباح له بعضها قبل العلم بالرجوع . وفي هذه الصورة طريقان محكيان فيما علق عن الإمام ، فعن الشيخ أبي محمد ، في وجوب الغرم قولان ، كمسألة الوكيل . وعن الصيدلاني القطع

بالغرم ومال إليه الإمام ، لأن الغرامات يستوي فيها العلم والجهل .

فرع : لا يجوز أن تأخذ عن حقها من القسم عوضاً ، لا من الزوج ولا من الضرة . فإن أخذت ، لزمها رده ، ويستحق القضاء على الصحيح ، لأنه لم يسلم لها العوض . وحكى ابن كج وجهاً أنه لا قضاء .

فرع : بات في نوبتها عند غيرها ، وادعى أنها وهبتها وأنكرت ، فالقول قولها وعليه البينة ، ولا تقبل إلا شهادة رجلين .

الرابعة : إذا ظلم واحدة ، فقد سبق أنه يجب القضاء ، وإنما يمكن إذا كانت المظلومة والمظلوم بسببها في نكاحه ، فإن فارق المظلومة بطلاق أو غيره ، فقد تعذر القضاء ، وبقيت الظلامة في ذمته .

قال المتولي : لو قسم لواحدة ، فلما جاءت نوبة الأخرى ، طلقها قبل توفية حقها ، عصى ، لأنه منعها حقها بعد ثبوته ، وهذا سبب آخر لكون الطلاق بدعياً .

قلت : هذا النقل غير مختص بالمتولي ، بل هو مشهور حتى في « التنبيه » . والله أعلم .

ثم إذا عادت المظلومة إليه بنكاح أو رجعة ، والتي ظلم بسببها في نكاحه ، لزمه القضاء لتمكنه ، وقيل : إن عادت بنكاح جديد ، لم يستحق القضاء بناء على عدم عودَ الحنث . فلو لم تكن في نكاحه التي ظلم بسببها حين عادت المظلومة ، بل نكح جديداتٍ ، فقد تعذر القضاء ، لأنه إنما يقضي من نوبة التي ظلم بسببها . ولو لم يفارق المظلومة وفارق التي ظلم بسببها ، ثم عادت إلى نكاحه ، أو فارقهما ثم عادتا ، وجب القضاء ، ولا يحسب من القضاء ما بات عندها في مفارقة الظالمة ، ويجيء في عود النكاح الجديد الوجه السابق .

فرع : في نكاحه ثلاث ، فبات عند ثنتين عشرين ليلة ، ثم فارق إحداهما ، يبيت عند المظلومة عشراً تسوية بينهما وبين الباقية ـ كذا ذكره البغوي ، وقال المتولي : يقضي خمساً فقط ، لأنه إنما يقضي العشر من حقهما وقد بطل حق إحداهما .

فرع : تحته زوجتان ، ظلم إحداهما ، ثم نكح ثالثة ، لم يتعذر القضاء ،

بل يقضي للمظلومة من نوبة المظلوم بسببها كما سبق .

الطرف الخامس : في المسافرة بهن . إذا أراد المسافرة ببعض زوجاته ، أقرع بينهن ، فيسافر بمن خرجت قرعته ، ولا يقضي مدة السفر ، وإنما يسقط القضاء بشروط .

أحدها : أن يقرع ، فإن لم يقرع ، لزمه القضاء للمخلفات .

وهل يقضي جميع ما بين إنشاء السفر إلى رجوعه إليهن ، أم تستثنى مدة الرجوع لخروجه عن المعصية ، أم يسقط قضاء ما بعد العزم على الرجوع ؟ فيه أوجه . أصحها : الأول ، وما ذكرناه من تحريم المسافرة ببعضهن بلا قرعة ، سواء فيه كان يقسم لهن أم لا . وأشار الحناطي إلى خلاف في اختصاصه بمن كان يقسم ، والمذهب الأول . وإذا خرجت القرعة لواحدة ، لم يجز أن يسافر بغيرها ، ويجوز أن يخلفها مع الباقيات .

الشرط الثاني : أن لا يقصد بسفره النقلة ، وأما سفر النقلة فلا يجوز أن يستصحب فيه بعضهن دون بعض ، بقرعة ولا بغيرها . فلو فعل ، قضى للمخلفات . وقيل : لا يقضي مدة السفر إن أقرع ، والصحيح الأول . ولو نقل بعضهن بنفسه ، وبعضهن بوكيله بلا قرعة ، قضى لمن مع الوكيل ، ويجوز ذلك بالقرعة ، كذا ذكره البغوي .

قلت : وفي القضاء في هذه الصورة وجهان في « التنبيه » وغيره ، أصحهما : يجب لاشتراكهن في السفر . والله أعلم .

وإذا أخذ في الرجوع إليهن بعد تخصيص واحدة بالنقل ، ففي قضاء مدة الرجوع الوجهان ، ولا يجوز أن يسافر سفر نقلة ويخلف نساءه ، بل ينقلهن بنفسه أو بوكيله ، أو يطلقهن لما في تخليفهن من الإضرار بهن ، هكذا أطلقه الغزالي قال : وإنما لا يكلف في الحضر البيتوتة اكتفاءً بداعيته . وفي ما علق عن الإمام ، أن ذلك أدب وليس بواجب .

الشرط الثالث : أن يكون السفر طويلاً . فإن كان قصيراً ، فوجهان . أصحهما عند البغوي والمتولي وغيرهما : أنه كالطويل . والثاني : لا يجوز أن يستصحب

بعضهن فيه بقرعة ، ولو فعل قضى .

الشرط الرابع : أن لا يعزم على الإقامة ، فلا يقضي مدة السفر . وأما إذا صار مقيماً ، فينظر ، إن انتهى إلى مقصده الذي نوى إقامة أربعة أيام فأكثر فيه ، أو نواها عند دخوله ، قضى مدة إقامته ، وفي مدة الرجوع وجهان . أصحهما : لا يقضي كمدة الذهاب . وإن لم ينو الإقامة وأقام ، فقال الإمام والغزالي : إن أقام يوماً ، لم يقضه ، والأقرب ما ذكره البغوي : إن زاد مقامه في بلد على مقام المسافرين ، وجب قضاء الزائد .

ولو أقام لشغل ينتظره ، ففي القضاء خلاف كالخلاف في الترخص . قال المتولي : إن قلنا : يترخص ، لم يقض ، وإلا فيقضي ما زاد على مدة المسافرين ، والقياس في مدة الرجوع في هذه الحالة أن يقال : إن لم نوجب القضاء مدة هذه الإقامة ، لم يقض مدة الرجوع ، وإلا فعلى الوجهين السابقين ، والمذهب من الخلاف في الترخص أنه إن كان يتوقع تنجيز شغله ساعة ساعة ، ترخص ثمانية عشر يوماً . وإن علم أنه لا ينجز في أربعة أيام لا يترخص أصلاً .

فرع : قال الغزالي : شرط عدم القضاء ، أن يكون سفراً طويلاً مرخصاً ، وهذا يقتضي وجوب القضاء في سفر المعصية .

فرع : استصحب واحدة بقرعة ، ثم عزم على الإقامة في بلد ، وكتب إلى الباقيات يستحضرهن ، ففي وجوب القضاء من وقت كتابته وجهان حكاهما البغوي[1] . وفي فتاويه ، أنه لو نوى المقام في بلد قبل وصوله مقصده ، يقضي مدة مقامه فيه ، وهل يقضي مدة ذهابه إلى المقصد بعد ذلك ؟ يحتمل أن يكون على الوجهين في مدة الرجوع ، ويحتمل أن يقال : يقضي قطعاً[2] . وأنه إذا استصحب واحدة بلا قرعة قضى للباقيات جميع المدة وإن كان لا يبيت معها ، إلا إذا تركها في بلد وفارقها ، ويحتمل أن يقال : لا يقضي إلا ما بات عندها ، ويحتمل أن يقال : يقضي وإن خلفها في بلد[3] .

---

(١) قال الشيخ البلقيني : لم يرجحا شيئاً والأصح بل الصواب وجوب القضاء .
(٢) قال الشيخ البلقيني : ويحتمل أن يقال لا يقضي قطعاً نظراً إلى حكم القصد الأول .
(٣) قال الشيخ البلقيني : الاحتمال الثاني هو الأصح .

وفيما علق عن الإمام ذكر وجهين فيما لو استصحب واحدة بقرعة في سفر نقلة وأوجبنا القضاء ، هل يخرج من الظلم بتغير عزم النقلة ، أم يستمر حكمه إلى أن يرجع إلى المخلفات[١] .

فصل : إذا سافر بزوجتين بقرعة ، عدل بينهما ، فإن ظلم إحداهما ، قضى لها بالسفر ، فإن لم يتفق ، قضى في الحضر من نوبة التي ظلمها بها . ولو استصحب واحدة بقرعة ، وأخرى بلا قرعة ، عدل بينهما أيضاً . ثم إذا رجع ، قضى للمخلفة من نوبة المستصحبة بلا قرعة ، ولا تخص مدة السفر بمن استصحبها بالقرعة ، إنما يكون كذلك إذا لم يكن معها غيرها . ولو كانت إحدى المستصحبتين جديدة لم يكن قضى حق زفافها ، فيقضيه ، ثم يسوي بينهما . ولو أراد تخليف إحداهما في بلد ، فله ذلك ولكن تكون بالقرعة . ولو نكح في الطريق جديدة ، قضى حق زفافها ثم يسوي بينهما وبين المستصحبات ، ولا يلزم القضاء للمخلفات . ولو خرج وحده ، ونكح في الطريق ، فكذلك ، ولا يقضي للمخلفات هذا في مدة السفر ، فأما إذا نوى الإقامة في موضع أو أقام أياماً ، فيقضي في الصورتين ما وراء أيام الزفاف ، وفي مدة الرجوع الوجهان .

فرع : تحته زوجتان ، ثم نكح جديدتين وسافر بإحداهما بقرعة اندرج حق زفافها في أيام السفر . فإذا عاد ، فهل يوفي حق الأخرى بسبع أو ثلاث ؟ وجهان أصحهما : نعم ، لأنه حق ثبت قبل السفر ، فلا يسقط به ، كما لو قسم لبعضهن وسافر ، فإنه يقضي بعد الرجوع لمن لم يقسم لها . والثاني : لا وبه قال ابن سريج ، كما لو سافر بإحدى القديمتين ، فإنه لا يقضي للأخرى ، ولأن حق الجديدة عقيب الزفاف وقد مضى . ولو نكح ثنتين وزفتا إليه معاً ، فسافر بإحداهما بقرعة ، فالحكم كذلك ، فلو كانتا بكرين فرجع بعد ثلاثة أيام ، قال ابن كج : على الوجه الأول يتم لها السبع ، ثم يوفي الأخرى سبعاً . وعلى قول ابن سريج . يتم لها السبع ، ويبيت عند الأخرى أربعاً ، ويبطل ما جرى في السفر . ولو نكح جديدة على قديمة ، وسافر قبل توفية الزفاف بإحداهما بقرعة ، فإن سافر بالقديمة ، وفي حق

(١) قال الشيخ البلقيني : الأرجح استمرار حكم وجوب القضاء إلى أن يرجع لأنها لم تقرع في سفر غير النقلة .

الجديدة إذا رجع ، نص عليه .

ويجيء فيه الوجه الآخر . وإن سافر بالجديدة ، اندرج حق الزفاف في أيام السفر .

فرع : تحته نسوة وله إماء ، هل له أن يسافر بأمة بلا قرعة ؟ وجهان حكاهما الحناطي ، ونسب المنع إلى أبي هريرة ، والجواز إلى أبي إسحاق ، وهو قياس أصل القسم .

قلت : الجواز هو الصحيح . والله أعلم .

فرع : في فتاوى البغوي ، أنه لو سافر بإحدى زوجاته الثلاث بالقرعة نكح في السفر جديدة ، ومنعها حق الزفاف ظلماً ، وبات عند القديمة سبعاً ، وعاد إلى البلد قبل أن يقضي للجديدة حق الزفاف ، وفاها حق الزفاف ، ثم يدور على المخلفات والجديدة ، فيقضي لها من نوبة القديمة التي كانت معه ، بأن يبيت عند كل واحدة من المخلفتين ليلة ، وعند الجديدة ليلتين ، وهكذا حتى يتم لها السبع ، وكذا لو كان تحته ثلاث ونكح جديدة ولم يوفها حق الزفاف ، بل بات عند واحدة من الثلاث عشراً ظلماً ، فعليه أن يوفي حق الجديدة ثم يدور عليها وعلى المظلومتين ، حتى يتم لكل واحدة عشراً .

الباب الثاني
في الشقاق

الوحشة والشقاق بين الزوجين قد يظهر سببه بأن تنشز أو يتعدى هو عليها ، وقد لا يظهر ويشكل الحال في أن المتعدي أيهما أو كلاهما ، فهذه ثلاثة أحوال . الأول : أن تتعدى هي . قال الله تعالى : ﴿ **والللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن** ﴾[1] .

(١) سورة النساء الآية (٢٢) .

والمراد بالوعظ ، أن يقول : اتقي الله في الحق الواجب عليك ، واحذري العقوبة ، ويبين لها أن النشوز يسقط النفقة والقسم ، وأما الهجران ، فهجرها في المضجع ، وأما الهجران في الكلام ، فممنوع . وفيما علق عن الإمام ، حكاية وجهين في أنه محرم أم مكروه ؟ قال : وعندي أنه لا يحرم ترك الكلام أبداً ، لكن إذا كلم فعليه أن يجيب ، وهو كابتداء السلام وجوابه ، ولمن ذهب إلى التحريم أن يقول : لا منع من ترك الكلام بلا قصد ، فأما بقصد الهجران ، فحرام ، كما أن الطيب ونحوه إذا تركه الإنسان بلا قصد لا يأثم .

ولو قصد بتركه الإحداد أثم ، وحكي عن نص الشافعي [رحمه الله][1] . أنه لو هجرها بالكلام ، لم يزد على ثلاثة أيام ، فإن زاد أثم .

قلت : الصواب ، الجزم بتحريم الهجران فيما زاد على ثلاثة أيام[2] ، وعدم التحريم في الثلاثة ، للحديث الصحيح « لا يحل لمسلم أن يهجر أخاه فوق ثلاث »[3] . قال أصحابنا وغيرهم : هذا في الهجران لغير عذر شرعي ، فإن كان عذر ، بأن كان المهجور مذمومَ الحال لبدعة أو فسق أو نحوهما ، أو كان فيه صلاح لدين الهاجر أو المهجور ، فلا تحريم . وعلى هذا يحمل ما ثبت[4] من هجر

(١) سقط في « ط » .

(٢) قال الشيخ البلقيني : الصواب عدم الجزم بالتحريم فيما زاد على ثلاثة أيام في صورة الزوجة التي ظهر منها النشوز فإن المصنف نقل من زيادته عن الأصحاب أن هذا في الهجران بغير عذر شرعي إلى آخره وهذا في صورة الزوجة موجود فإنه من الأعذار الشرعية المسوغة لذلك لإزالة الضرر » انتهى .

وما ذكره الشيخ داخل في كلام الروضة والتقرير الذي ذكره الشيخ يعلم من كلام صاحب الروضة .

(٣) (أخرجه أحمد في المسند ٣٩٢/٢) (وأبو داود في السنن٤) في كتاب الأدب/ باب : فيمن يهجر أخاه المسلم حديث (٤٩١٤) وأخرجه البخاري ومسلم بلفظ « لا يحل لرجل ـ الخ » من رواية أبي أيوب الأنصاري .

(فالبخاري ٤٩٢/١٠) في الأدب/ باب الهجرة حديث (٦٠٧٧) ومسلم(١٩٨٤/٤) في كتاب السير والصلة/ باب تحريم الهجر حديث (٢٥٦٠/٢٥) .

(٤) والحديث بطوله .

(انظر البخاري ٧١٧/٧) في كتاب المغازي/ باب : حديث كعب بن مالك حديث (٤٤١٨) .
قال كعب حين تخلف عن النبي ﷺ : نهى النبي ﷺ عن كلامنا وذكر خمسين ليلة .

النبي ﷺ كعب بن مالك[1] وصاحبيه ، ونهيه ﷺ الصحابة عن كلامهم ، وكذا ما جاء من هجران السلف بعضهم بعضاً . والله أعلم .

وأما الضرب ، فهو ضرب تأديب وتعزير ، وقدره نذكره في بابه إن شاء الله تعالى .

وينبغي أن لا يكون مدمياً ، ولا مبرِّحاً ، ولا على الوجه والمهالك . فإن أفضى إلى تلف ، وجب الغرم ، لأنه تبين أنه إتلاف لا إصلاح ، ثم الزوج وإن جاز له الضرب ، فالأولى له العفو ، بخلاف الولي ، فإنه لا يترك ضرب التأديب للصبي ، لأن مصلحته للصبي ، وفي الحديث ، النهي عن ضرب النساء . وأشار الشافعي رحمه الله إلى تأويلين له . أحدهما : أنه منسوخ بالآية أو حديث آخر بضربهن . والثاني : حمل النهي على الكراهة ، أو ترك الأولى ، وقد يحمل النهي على الحال الذي لم يوجد فيه السبب المجوز للضرب .

قلت : هذا التأويل الأخير هو المختار ، فإن النسخ لا يصار إليه إلا إذا تعذر الجمع وعلمنا التاريخ . والله أعلم .

إذا عرفت هذا ، فلتعدي المرأة ثلاث مراتب . إحداها : أن يوجد منها أمارات النشوز قولاً أو فعلاً ، بأن تجيبه بكلام خشن بعد أن كان لينا ، أو يجد منها إعراضاً وعبوساً بعد طلاقه ولطف ، ففي هذه المرتبة ، يعظها ولا يضربها ولا يهجرها .

الثانية : أن يتحقق نشوزها ، لكن لا يتكرر ، ولا يظهر إصرارها عليه ، فيعظها ويهجرها . وفي جواز الضرب قولان ، رجح الشيخ أبو حامد والمحاملي المنع ، وصاحبا « المهذب » و « الشامل » الجواز .

قلت : رجح الرافعي في « المحرر » المنع ، والموافق لظاهر القرآن الجواز وهو المختار . والله أعلم .

---

(١) هو سيدنا كعب بن مالك بن أبي كعب عمرو بن القين بن كعب بن سواد بن غنم بن كعب الأنصاري السلمي بفتح السين واللام أبو عبد الله المدني الشاعر أحد الثلاثة شهد العقبة له ثمانون حديثاً وروى عنه ابناه عبد الله وعبد الرحمن .
قال الواقدي : مات سنة إحدى وخمسين .
(الخلاصة ٢/٣٦٦/ ٥٩٦٥) .

الثالثة : أن يتكرر وتصر عليه ، فله الهجران والضرب بلا خلاف ، هذه هي الطريقة المعتمدة في المراتب الثلاث . وحكى ابن كج قولاً في جواز الهجران والضرب عند خوف النشوز ، لظاهر الآية . وحكى الحناطي في حالة ظهور النشور ، ثلاثة أقوال . أحدها : له الوعظ والهجران والضرب . والثاني : يتخير بينها ولا يجمع . والثالث : يعظها . فإن لم تتعظ هجرها ، فإن لم تنزجر ضربها .

فرع فيما تصير به ناشزة : فمنه الخروج من المسكن، والامتناع عن مساكنته ، ومنع الاستمتاع بحيث يحتاج في ردها إلى الطاعة إلى تعب ، ولا أثر لامتناع الدلال ، وليس من النشوز الشتم وبذاء اللسان ، لكنها تأثم بإيذائه ، وتستحق التأديب ، وهل يؤدبها الزوج ، أم يرفع إلى القاضي ليؤدبها ؟ وجهان . ولو مكنت من الجماع ومنعت من سائر الاستمتاعات ، فهل هو نشوز يسقط النفقة ؟ وجهان .

قلت : أصحهما نعم . والأصح من الوجهين في تأديبها ، أنه يؤدبها بنفسه ، لأن في رفعها إلى القاضي مشقة وعاراً وتنكيداً للاستمتاع فيما بعد ، وتوحيشاً للقلوب ، بخلاف ما لو شتمت أجنبياً . والله أعلم .

الحال الثاني : أن يتعدى الرجل ، فينظر ، إن منعها حقاً كنفقة أو قسم ، ألزمه الحاكم توفية حقها . ولو كان يسيء خلقه ويؤذيها ويضربها بلا سبب ، ففي « التتمة » أن الحاكم ينهاه . فإن عاد ، عزره . وفي « الشامل » وغيره ، أنه يسكنهما بجنب ثقة ينظرهما ، ويمنعه من التعدي ، والنقلان متقاربان . وذكروا أنه لو كان التعدي منهما جميعاً ، فكذلك يفعل الحاكم ، ولم يتعرضوا للحيلولة . وقال الغزالي : يحال بينهما حتى يعودا إلى العدل . قال : ولا يعتمد قوله في العدل ، وإنما يعتمد قولها وشهادة القرائن . وإن كان لا يمنعها حقاً ، ولا يؤذيها بضرب ونحوه ، لكن يكره صحبتها لمرض أو كبر ، ولا يدعوها إلى فراشه ، أو يهم بطلاقها ، فلا شيء عليه ويستحب لها أن تسترضيه بترك بعض حقها من قسم أو نفقة ، وكذا لو كانت هي تشكوه وتكره صحبته ، فيحسن أن يبرها ويستميل قلبها بما تيسر له .

الحال الثالث : إذا نسب كل واحد الآخر إلى التعدي ، وسوء الخلق ، وقبح السيرة ، ولم يعرف الحاكم المتعدي منهما ، يعرف حالهما من ثقة في جوارهما خبير

بهما ، فإن لم يكن أسكنهما بجنب ثقة يبحث عن حالهما وينهيها إليه . فإن علم الظالم ، منعه ، هكذا أطلقوه ، وظاهره الاكتفاء بقول عدل ، ولا يخلو عن احتمال . وإذا اشتد شقاقهما ، وداما على السباب الفاحش والتضارب ، بعث القاضي حكماً من أهله وحكماً من أهلها لينظرا في أمرهما ويصلحا بينهما ، أو يفرقا إن عسر الإصلاح . وهل بعث الحكمين واجب ؟ قال البغوي : عليه بعثهما ، وظاهره الوجوب ، وحجته الآية . وقال الروياني : يستحب .

قلت : الأصح أو الصحيح : الوجوب[1] . والله أعلم .

ثم المبعوثان ، وكيلان للزوجين أم حاكمان موليان من جهة الحاكم ؟ فيه قولان . أظهرهما : وكيلان ، فعلى هذا يوكل الزوج حكمه في التطليق عليه وقبول الخلع ، والمرأة حكمها ببذل العوض وقبول الطلاق ، ولا يجوز بعثهما إلا برضاهما . فإن لم يرضيا ولم يتفقا على شيء ، أدب القاضي الظالم ، واستوفى حق المظلوم . وإذا قلنا : هما حكمان ، لم يشترط رضى الزوجين في بعثهما . وإذا رأى حكم الزوج الطلاق ، استقل به ولا يزيد على طلقة ، لكن إن راجعها الزوج وداما على الشقاق ، طلق ثانية وثالثة . وإن رأى الخلع ووافقه حكمها ، تخالعا وإن لم يرض الزوجان . ولو رأى الحكمان أن تترك المرأة بعض حقها من قسم ونفقة ، أو أن لا يتسرى أو لا ينكح عليها غيرها ، لم يلزمه ذلك بلا خلاف ، وإن كان لأحدهما على الآخر مال متعلق بالنكاح ، أو غير متعلق ، لم يجز للحكم استيفاؤه من غير رضى صاحبه بلا خلاف ، ويشترط في المبعوثين التكليف قطعاً ، ويشترط العدالة والإسلام والحرية على المذهب ، ويشترط الاهتداء إلى ما هو المقصود من بعثهما .

---

(١) ادعى في المهمات أن ما ذكره الشيخ من الوجوب مردود لمخالفته للنص قال في البحر : قال الشافعي ، المستحب للحاكم أن يبعث حكماً من أهله وحكماً من أهلها فيحتمل أن يرجع الاستحباب لكونهما من أهلهما قال الشيخ البلقيني : نص الشافعي في الأم أظهر في الوجوب مما قاله البغوي فإنه قال رضي الله عنه فإذا ارتفع الزوجان المخوف شقاقهما إلى الحاكم فحق عليه أن يبعث حكماً من أهله وحكماً من أهلها . وساق الكلام على ذلك .

وقد صرح بالوجوب الماوردي في الحاوي وهو مقتضى قول الشافعي رضي الله عنه لما أمر الله تعالى . انتهى .

ووافق الأذرعي على أن ظاهر النص الوجوب ، ونقل عن الماوردي ما نقله الشيخ البلقيني ، وقال : هو ظاهر كلام الكافي أيضاً .

وأشار الغزالي إلى خلاف فيه . ويشترط الذكورة إن قلنا : حكمان ، وإن قلنا : وكيلان ، قال الحناطي : لا يشترط في وكيلهما ، وفي وكيله وجهان ، ولا يشترط فيهما الاجتهاد وإن قلنا : حكمان ، ولا كونهما من أهل الزوجين ، لكن أهلهما أولى . ولو كان القاضي من أهل أحدهما ، فله أن يذهب بنفسه ، وفيما علق عن الإمام اشتراط كونهما من أهلهما ، ولا يجوز الاقتصار على حَكم واحد على الأصح ، وبه قطع ابن كج ، وينبغي أن يخلو حكمه به وحكمها بها ، فيعرفا ما عندهما ، وما فيه رغبتهما ، فإذا اجتمعا ، لم يخف أحدهما عن الآخر شيئاً ، وعملا ما رأياه صواباً . ولو اختلف رأي الحكمين ، بعث آخرين حتى يجتمعا على شيء ، ذكره الحناطي .

فرع : ولو جن أحد الزوجين ، أو أُغمي عليه ، لم يجز بعثهما بعده ، وإن جن بعد استعلام الحكمين رأيه ، لم يجز تنفيذ الأمر . وقيل : إن قلنا : حاكمان ، لم يؤثر جنون أحدهما ، قاله ابن كج . وقيل : الإغماء لا يؤثر إن قلنا : وكيلان كالنوم ، حكاه الحناطي ، وهذا ينبغي أن يجيء في كل وكالة ، والصحيح الأول . ولو غاب أحد الزوجين بعد بعث الحكمين ، نفذ الأمر ، إن قلنا : وكيلان ، وإلا ، فلا على الصحيح .

فرع : ذكر الحناطي ، أنه لو رأى أحد الحكمين الإصلاح ، والآخر التفريق ففرق ، نفذ التفريق إن جوزنا الاقتصار على حكم واحد .

فرع : وكل رجلاً فقال : إذا أخذت مالي منها فطلقها ، أو خالعها ، أو خذ مالي ثم طلقها ، لم يجز تقديم الطلاق على أخذ المال . قال أبو الفرج الزاز : وكذا لو قال : خالعها على أن تأخذ مالي منها . ولو قال : خذ مالي وطلقها ، فهل يشترط تقديم أخذ المال ؟ وجهان . أصحهما عند البغوي : نعم[1] .

ولو قال : طلقها ثم خذ ، جاز تقديم أخذ المال ، لأنه زيادة خير وبالله التوفيق .

---

(١) ظن في المهمات أن هذا من البغوي ترجيح بأن الواو تقتضي الترتيب ، وحينئذ يكون هذا مفرعاً على وجه ضعيف .
قال في الخادم : إن هذا ليس مفرعاً عليه بل هو احتياط للموكل في تقدم أخذ المال .

كتاب الخلع[1]

هو الفرقة بعوض يأخذه الزوج[2] .

---

(١) يضم الخاء من الخلع بفتحها وهو النزع لأن كل من الزوجين لباس الآخر فكأنه بمفارقة الآخر نزع لباسه .
(المصباح المنير (١/٢٤٣) والأصل فيه كتاب الله عز وجل وسنة رسوله ﷺ فأما الكتاب فقوله تعالى : ﴿ ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئاً ﴾ إلى قوله : ﴿ فلا جناح عليهما فيما افتدت به ﴾ .
وافتداؤها نفسها هو الخلع وأما السنة فلما روي عن حبيبة بنت سهل أنها قالت : خرج رسول الله ﷺ إلى صلاة الصبح فوجدني عند بابه فقال : من هذه ؟ قالت حبيبة بنت سهل : لا أنا ولا أنا ولا ثابت لزوجها فلما جاء ثابت قال له النبي ﷺ هذه حبيبة تذكر ما شاء الله أن تذكره فقالت : يا رسول الله كل ما أعطاني عندي فقال له النبي ﷺ : خذ منها فأخذ منها وجلست في أهلها .
(أخرجه مالك في الموطأ ٢/٥٦٤) في الطلاق باب ما جاء في الخلع (٣١) (وأبو داود ٢/٢٧٦) في الطلاق حديث (٢٢٢٧) (والنسائي ٦/١٦٩) في الطلاق ـ باب ما جاء في الخلع فدل ذلك على خلعها حين الأخذ وهو أول خلع وقع في الاسلام .

(٢) قال البلقيني في التدريب فراق الزوجة تبذل قابل العوض يحصل لجهة الزوج على وجه مخصوص قال وقلنا يبذل ولم نقيده بمذكور ليتناول ما إذا اختلف من غير ذكر مال فإنه يثبت فهي المثيل للزوج على ما رجحه جمع من المراوذة وبعض العراقيين وعليه جرى المتأخرون وأخرجنا بقابل العوض بدلاً لا يقبل كخمر ومجهول ومغصوب ونحوها فإنه يفسد الخلع ويجب للزوج مهر المثل إلا إذا كان في خلع الكفار من الخمر ونحوه فإنه قابل للعوض عندهم فيكون الخلع به صحيح كما في أنكحتهم حتى لو حصل إسلام بعد قبض الخمر كله فإنه لا شيء له عليها فإن كان الاسلام قبل قبضه وجب مهر المثل للتعذر وفي قبض بعضه قسط مهر المثل وليس لنا خلع بخمر ومغصوب ونحوها يقع الطلاق بسبب ذلك رجعياً ولا مهر إلا في صورة الخلع مع غير الزوجة من أب أو أجنبي على هذا الخمر أو على هذا المغصوب أو على عبده هذا أو على صداقها ولم يصرح بنيابة ولا استقلال أو على عبده زيد هذا وإنما يجب مهر المثل في البدل الفاسد في غير هذا إذا كان البدل مقصوداً فإن كان غير مقصود كالدم فإنه يقع =

وأصل الخلع مجمع على جوازه ، وسواء في جوازه خالع على الصداق أو بعضه ، أو مال آخر أقل من الصداق ، أو أكثر ، ويصح في حالتي الشقاق والوفاق ، وخصه ابن المنذر بالشقاق ، ثم لا كراهة فيه إن جرى في حال الشقاق ، أو كانت تكره صحبته لسوء خلقه أو دينه ، أو تحرجت من الإخلال ببعض حقوقه ، أو ضربها تأديباً فافتدت . وألحق الشيخ أبو حامد به ما إذا منعها نفقة أو غيرها فافتدت لتتخلص منه . وإن كان الزوج يكره صحبتها ، فأساء عشرتها ، ومنعها بعض حقها حتى ضجرت وافتدت ، كره الخلع وإن كان نافذاً ، ويأثم الزوج بفعله . وفي وجه ، منعه حقها كالإكراه على الخلع بالضرب وما في معناه ، وإذا أكرهها بالضرب ونحوه فاختلعت ، فقالت مبتدئة : خالعني على كذا ففعل ، لم يصح الخلع ، ويكون الطلاق رجعياً إن لم يسم مالاً . وإن سماه ، لم يقع الطلاق ، لأنها لم تقبل مختارة[1] ، وفي « التتمة » وجه ، أنه لا يقع الطلاق وإن لم يسم المال . ولو ابتدأ وقال : طلقتك على كذا وأكرهها بالضرب على القبول ، لم يقع شيء ، وإذا ادعت أنه أكرهها على بذل مال عوضاً عن الطلاق وأقامت بينة ، فالمال مردود إليها ، والطلاق واقع ، وله الرجعة ، نص عليه .

قال الأصحاب : موضع الرجعة ما إذا لم يعترف بالخلع ، بل أنكر المال أو سكت .

فأما إذا اعترف بالخلع وأنكر الإكراه ، فالطلاق بائن بقوله ، ولا رجعة . ولو

= رجعياً وقلنا يحصل لجهة الزوج ليدخل مالك الزوج غير المكاتب فإن البدل لا يحصل للزوج بل للسيد وقد يسكت عن العبد أو الحر إذا حصل الخلع على ما في ذمته من صداق وغيره وقد يكون البدل رضاعة ولد الزوج ونحو ذلك وجهة الزوج تشمل ذلك كله وقلنا على وجه مخصوص ليشمل ما يعتبر في العاقدين وغير ذلك . انتهى . وسعته بشرحه على طوله لما اشتمل عليه من الفوائد ولاحقاً ما بين عبارة الشيخ المصنف وعبارته .

(١) قال في المهمات ما ذكره من أن الطلاق إن لم يتم حالاً رجعي مبني على أن مطلق الخلع لا يقتضي المال فإن فرعنا على الأصح أنه يقتضي المال وقع الطلاق بائناً فهو المثل لأن الزوج في هذه الصورة مبتدىء لأن لفظ المرأة المتقدم ساقط للإكراه وصورها في التتمة بلفظ الطلاق فعدل الرافعي عنه إلى التعبير بالخلع وهو الذي أورده الشيخ ولي الدين العراقي بأن الصورة أنه لم يصدر منها سوى اللفظ الذي ابتدأت به فألغيناه للإكراه وقد أتى هو بإيجاب لم يقع له القبول فكيف يقال إن الطلاق وقع بائناً بمهر المثل والعجب من شيخنا قال إن لفظ المرأة ساقط للإكراه فإذا كان ساقطاً للإكراه فكيف يوقع الطلاق البائن بكلامه وحده . انتهى . وهو جواب حسن .

زنت فمنعها بعض حقها فافتدت بمال ، صح الخلع ، وحل له أخذه . وعلى هذا حمل قول الله تعالى : ﴿ **ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة** ﴾[١] . ومن جعل منع الحق كالإكراه بالضرب قال : لا يحل الأخذ . ولو أمسكها عنده وحبسها ليرثها فماتت ، ورثها على المشهور . وحكى ابن كج والحناطي قولاً أنه لا يرثها .

فصل : يشتمل هذا الكتاب على خمسة أبواب .

الأول : في حقيقة الخلع ، فإن فارقها على عوض بلفظ الطلاق ، فهو طلاق سواء فيه صريح الطلاق وكناياته . وإن لم يجز إلا لفظ الخلع ، فقولان . الجديد ، أنه طلاق ينقص به العدد ، وإذا خالعها ثلاث مرات ، لم ينكحها إلا بمحلل ، والقديم : أنه فسخ لا ينقص به العدد . ويجوز تجديد نكاحها بعد الخلع بلا حصر ، والجديد هو الأظهر عند جمهور الأصحاب . ورجح الشيخ أبو حامد ، وأبو مخلد البصري القديم ، فإن قلنا : فسخ ، فلفظ الخلع صريح فيه ، ولو قال : فسخت نكاحك بألف فقبلت ، أو قال : فاديتك بألف فقالت : قبلت أو افتديت ، فوجهان . أصحهما : أنه صريح . والثاني : كناية . فعلى هذا ، في انعقاد الخلع بهما خلاف نذكره في أنه هل ينعقد بالكناية إذا جعلناه فسخاً ، ولو نوى بالخلع الطلاق والتفريع على أنه فسخ ، فهل يكون طلاقاً أم فسخاً لكونه صريحاً ؟ فيه وجهان ، اختيار القاضي حسين الفسخ ، وبه قطع المتولي والغزالي . ولو قال لزوجته : فسخت نكاحك ونوى الطلاق وهو متمكن من الفسخ بعيبها ، فالصحيح أنه طلاق وبه قطع القاضي حسين . وقيل : فسخ . أما إذا قلنا : الخلع طلاق ، فلفظ الفسخ كناية فيه ، ولفظ الخلع فيه قولان . قال في « الأم » : كناية وفي « الإملاء » : صريح . قال الروياني وغيره : الأول أظهر ، واختار الإمام والغزالي والبغوي الثاني ، ولفظ المفاداة كلفظ الخلع على الأصح . وقيل : كناية قطعاً . وإذا قلنا : لفظ الخلع صريح ، فذاك إذا ذكر المال ، فإن لم يذكره ، فكناية على الأصح . وقيل : على القولين .

---

(١) سورة النساء الآية (١٨) .

وهل يقتضي الخلع المطلق الجاري بغير ذكر المال ثبوت المال ؟ وجهان . أصحهما عند الإمام والغزالي والروياني : نعم للعرف ، وكالخلع على خمر ، والثاني : لا لعدم الالتزام(١) ، فإن أثبتنا المال ، فإن جعلناه فسخاً أو صريحاً في الطلاق أو كناية ونوى ، وجب مهر المثل وحصلت البينونة . وإن جعلناه كناية ولم ينو ، لغا ، وإن لم يثبت المال عند الطلاق ، فإن جعلناه فسخاً ، لغا ، لأن الفسخ بالتراضي لا يكون إلا بعوض ، هكذا حكاه الإمام وغيره عن الأصحاب ، وذكروا أن مساق كلامهم أنه لو نفى العوض في الخلع ، لم يصح الخلع على قول الفسخ ، قال الإمام : والقياس الحق صحته بلا عوض . وإن جعلناه طلاقاً إما صريحاً وإما كناية ونوى ، فهو طلاق رجعي ، وفي افتقاره إلى قبولها وجهان . أصحهما : لا يفتقر ، صححه الإمام وقطع به البغوي لاستقلال الزوج بالطلاق الرجعي ، والوجهان فيما إذا قال : خالعتك وأضمر التماس جوابها وانتظر قبولها .

أما لو قال : خلعت أو خالعت ، ولم يضمر التماس الجواب ، فلا يفتقر إلى الجواب قطعاً ، كما لو قال : فارقتك . ولو نوى المال ولم يذكره وقلنا : مطلقه لا يقتضي مالاً ، فهل تؤثر النية في ثبوت المال ؟ وجهان يقربان من انعقاد البيع ونحوه بالكنايات . فإن قلنا : تؤثر ، ثبت المال ، ولا بد فيه من نيتها أيضاً . وإن قلنا : لا تؤثر ، فهل يقع الطلاق ويلغى منه المال ، أم لا يقع ، لأنه نوى الطلاق على مال لا مطلقاً ؟ وجهان . وفي « فتاوى البغوي » وجهان فيما لو اختلعت نفسها على بقية صداقها ، فخالعها عليه ، ولم يكن بقي لها شيء عليه ، فهل تحصل البينونة بمهر

---

(١) قال الشيخ ابن النقيب كلام الروضة مخالف لكلام المنهاج وعبارة المنهاج ولفظ الخلع صريح قال لقوله لو جرى بغير ذكر مال وجب مهر المثل في الأصح . قال الشيخ ولي الدين العراقي في نكتة الحق أنه لا منافاة بينهما فإنه ليس في المنهاج أنه صريح مع ذكر المال فلعل مراده ان جرى بغير ذكر مال مع وجود مصحح له وهو اقتران النية ويدل على ذلك أنه في الروضة عقب ما تقدم قال وهل يقتضي الخلع المطلق الجاري بغير ذكر مال ثبوت المال وجهان أصحهما عند الامام والغزالي والروياني نعم إلى آخر ما ذكره في الروضة ولذلك جمع شيخنا الإسنوي في تصحيح التنبيه بين ذكر الكلامين فقال بعد ذلك وما قدمته عن تصحيح النووي عطفاً على ما عبر فيه بالأصح وصحة الخلع بدون ذكر العوض ولكن يجب مهر المثل . انتهى . ومراده مع اقتران النية وإنما حصل هذا التوهم من إطلاق المنهاج تصحيح وجوب مهر المثل فيما لو جرى بغير ذكر المال من غير أن يصرح باعتبار النية ولا بأن الخلع عند عدم ذكر المال كناية لكن في الروضة أوضح ذلك وبين الأمرين كما حكيته . انتهى .

المثل ؟ ورجح الحصول .

فرع : يصح الخلع بجميع كنايات الطلاق مع النية إن جعلناه طلاقاً ، وإن جعلناه فسخاً ، فهل للكنايات فيه مدخل ؟ وجهان . أصحهما : نعم . فإن نوى الطلاق ، أو الفسخ ، كان ما نوى . وإن نوى الخلع ، عاد الخلاف في أنه فسخ أم طلاق ؟ ولو قال : خالعت نصفك أو يدك على كذا ، أو خالعتك شهراً على كذا ، نفذ إن جعلناه طلاقاً ، والقول في المال الواجب سيأتي إن شاء الله تعالى ، ولا ينفذ إن جعلناه فسخاً .

فرع : ترجمة الخلع بسائر اللغات ، كلفظة العربي ، ولا يجيء فيه الخلاف السابق في النكاح .

فرع : لفظ البيع والشراء كناية في الخلع ، سواء جعل فسخاً أم طلاقاً ، وذلك بأن يقول : بعتك نفسك بكذا ، فتقول : اشتريت أو قبلت ، ولفظ الإقالة كناية أيضاً فيه ، وبيع الطلاق بالمهر من جهة الزوج ، وبيع المهر بالطلاق من جهتها يعبر بهما عن الخلع ، وليكونا كنايتين ، كقوله : بعتك نفسك . وفي « الزيادات » لأبي عاصم : إن بيع الطلاق مع ذكر العوض صريح . ورأى إسماعيل البوشنجي من أصحابنا ، أن ينزل قوله : بعتك طلاقك بكذا منزلة قوله : ملكتك طلاقك بكذا ، حتى إذا طلقت في المجلس ، لزم المال ووقع الطلاق . وإن نويا مجرد بيع الطلاق وشرائه من غير إيقاع طلاق منها ، وبغير نيّة طلاق منه ، فهذا التصرف فاسد ، والنكاح باق بحاله . وإسماعيل هذا إمام غواص متأخر لقيه من لقيناه .

فرع : قالت : طلقني على كذا فقال : خالعتك ، فإن جعلنا الخلع فسخاً ، لم ينفذ لأنه لم يجبها ، وإن جعلناه صريحاً في الطلاق ، أو كناية ونوى ، حصلت البينونة ولزم المال . وإن لم ينو ، لم يقع شيء . ولو قالت : خالعني على كذا فقال : طلقتك عليه ، فإن قلنا : الخلع فسخ ، لم يقع عليه فرقة لأنه لم يجبها . وقيل : يقع الطلاق ، لأنه أعطاها فرقة أقوى مما طلبت ، فكأنه زاد ، كمن سألته طلقة فطلق طلقتين ، والأول أصح . وعلى هذا قوله : طلقتك ابتداء كلام منه ، فإن لم يسم المال ، وقع طلاق رجعي ، وإن ، لم يقع ما لم يقبل . وإن قلنا : الخلع طلاق ، فإن جعلناه صريحاً أو كناية ونوت ، حصلت البينونة ولزم المال ، ولا يضر

اختلاف اللفظ ، وإن جعلناه كناية ولم ينو ، فقولها لغو . والزوج مبتدىء بالطلاق .

ولو وكل رجلاً في طلاقها فخالع فإن قلنا : الخلع فسخ ، لم ينفذ . وإن قلنا : طلاق ، قال البوشنجي : الذي يجيء على أصلنا ، أنه لا ينفذ أيضاً ، لأنه يمنعه الرجعة إن كان بعد الدخول . قال : ولو وكله في الطلاق فطلق على مال ، إن كان بحيث يتصور الرجعة ، لم ينفذ ، وإن لم يتصور بأن كان قبل الدخول ، أو كان المملوك له الطلقة الثالثة ، فذكر في نفوذه احتمالين لأنه حصل غرضه مع فائدة ، لكنه غير مفهوم بالتوكيل المطلق ، وقد يتوقف في بعض ما ذكره حكماً ودليلاً .

فرع : تخالعا هازلين ، نفذ إن قلنا : إنه طلاق ، وإن قلنا : فسخ ، فهو كبيع الهازل ، وفيه خلاف سبق .

فرع : التعليق يمنع صحة الخلع إن قلنا : فسخ ، وإن قلنا : طلاق ، فلا .

فصل فيما يلحق به الخلع من الأصول : قال الأصحاب : إن جعلنا الخلع فسخاً ، فهو معاوضة محضة من الجانبين لا مدخل للتعليق فيه ، بل هو كابتداء النكاح والبيع .

فلو قال : خالعتك بمائة فقبلت بخمسين ، أو قالت : خالعني بمائة فخالعها بخمسين ، أو قالت : بخمسين فخالعها بمائة ، لم يصح كالبيع . وإن جعلناه طلاقاً ، أو جرى لفظ الطلاق صريحاً ، نظر هل بدأ الزوج بالإيقاع ، أم بدأت بسؤاله ؟

القسم الأول : إن بدأ هو بطلاقها وذكر العوض ، فهو معاوضة فيها شوب تعليق ، لأنه يأخذ مالاً في مقابلة ما يزيله ، والشوب فيه لكونه يترتب على قبول المال كترتب الطلاق المعلق بشرط ، ثم تارة تغلب المعاوضة ، وتارة التعليق ، وتارة يراعى المعنيان ، ويختلف ذلك بالصيغ المأتي بها . فإن أتى بصيغة المعاوضة وصورتها فقال : خالعتك بكذا ، أو على كذا ، أو طلقتك ، أو أنت طالق على كذا ، غلب معنى المعاوضة ، ويثبت أحكامها ، فيجوز له الرجوع قبل قبولها ، ويلغو قبولها بعد رجوعه ، ويشترط قبولها باللفظ من غير فصل كالبيع وسائر العقود[1] .

---

(١) قال الأذرعي محل هذا في الناطقة أما الخرساء فإشارتها المفهمة كنطق غيرها وقال أيضاً الأشبه أن =

فلو تخلل زمن طويل ، أو اشتغلت بكلام آخر ثم قبلت ، لم ينفذ . ولو اختلف الإيجاب والقبول ، بأن قال : طلقتك بألف فقبلت بألفين ، أو بخمسمائة ، لم يصح كالبيع ، كذا ذكره البغوي وغيره . وفي « الشامل » ، أنها إذا قبلت بألفين ، صح ولا يلزمها الألف ، لأنه لم يوجب إلا ألفاً . والصحيح الأول . ولو قال : طلقتك ثلاثاً بألف ، فقبلت واحدة بثلث الألف ، لم يصح . وإن قبلت واحدة بالألف ، فثلاثة أوجه . أحدها : لا يقع شيء كالبيع ، والثاني : يقع طلقة ، لأن الزوج هو المستقل بالطلاق ، وأصحها : يقع الثلاث ، صححه الشيخ أبو علي والغزالي ، وبه قال القفال . لأن قبولها إنما يحتاج إلى المال ، وأصل الطلاق وعدده يستقل به الزوج . وإذا قلنا : يقع الثلاث أو واحدة ، ففيما يستحقه الزوج عليها وجهان . أصحهما : الألف ، وبه قال ابن الحداد ، والشيخ أبو محمد ، لأن الإيجاب والقبول تعلقا به . والثاني عن ابن سريج : أنه يجب مهر المثل لاختلاف الإيجاب والقبول . وإن أتى الزوج بصيغة تعليق ، نظر ، إن قال متى أعطيتني ، أو متى ما ، أو أي وقت ، أو حين ، أو زمان ، غلب معنى التعليق وثبتت أحكامه ، وجعل كالتعليق بسائر الأوصاف ، حتى لا يحتاج إلى قبول باللفظ ، ولا يشترط الإعطاء في المجلس ، بل متى وجد الإعطاء طلقت ، وليس للزوج الرجوع قبل الإعطاء ، وإن قال : إن أعطيتني ، أو إذا أعطيتني كذا فأنت طالق ، فله بعض أحكام التعليق ، فلا يحتاج إلى القبول لفظاً ، ولا رجوع للزوج قبل الإعطاء . وقيل : يجوز له الرجوع قبل الإعطاء ، حكاه البغوي ، وقطع به صاحب « المهذب » ، ويقرب منه ما حكاه ابن كج عن ابن سلمة ، أن الزوج بالخيار بين أن يقبل الألف الذي أحضرته ، وبين أن لا يقبل . والصحيح الأول ، وله بعض أحكام المعاوضة وهو اشتراط الإعطاء في المجلس . واختار صاحب « المهذب » ، إلحاق « إذا » بـ « متى » ، وألحقهـا الجمهور بـ « أن » كما ذكرنا . وحكي وجه ، أن كلمة « إن » كـ « متى » في أنه لا يشترط تعجيل الإعطاء وهو شاذ . ثم قال المتولي : اشتراط الإعطاء على الفور مخصوص بالزوجة الحرة فإن قال لزوجته الأمة : إن أعطيتني ألفاً ، فأنت طالق ،

= مخالفة الناطقة بالمكاتبة صحيحة على المذهب كالبيع والطلاق ويستثنى ما إذا قال أنت طالق على الفيء فأعطته الفيء على الفور فإنه يقع الطلاق كما قاله ابن الصباغ والمتولي والروياني وكلام ابن داود يقتضي أنه منصوص عليه .

وقع الطلاق متى أعطته الألف وإن طال الزمان ، لأنها لا تقدر على الإعطاء في المجلس غالباً ، بخلاف ما إذا قال : إن أعطيتني زق خمر فأنت طالق ، فإنه يشترط الفور وإن لم تملك الخمر ، لأن يدها قد تشمل على خمر[١] .

قال : ولو أعطته الأمة ألفاً من كسبها ، حصلت البينونة لوجود الصفة ، وعليه رد المال إلى سيدها وتطالبها بمهر المثل إذا عتقت[٢] .

فرع : المراد بالمجلس الذي يشترط فيه الإعطاء مجلس التواجب وهو ما يحصل به الارتباط بين الإيجاب والقبول ، ولا نظر إلى مكان العقد . وفي وجه حكاه ابن كج وغيره ، أنه يقع الطلاق إذا أعطته قبل تفرقهما وإن طالت المدة . والصحيح الأول .

القسم الثاني : إذا بدأت بسؤال الطلاق فأجابها ، فهو معاوضة فيها شوب جعالة . والصحيح لها الرجوع قبل أن يجيبها ، لأن هذا حكم المعاوضة والجعالة ، وسواء أتت بصيغة تعليق كقولها : إن طلقتني أو متى طلقتني فلك كذا ، أو قالت : طلقني على كذا ، فهو معاوضة في الحالتين ، ويشترط أن يطلقها في مجلس التواجب ، سواء فيه صيغة المعاوضة والتعليق ، وسواء علقت بـ « إن » أو بـ « متى » . فلو طلقها بعد مدة طويلة ، كان طلاقاً مبتدأً .

ولو قالت : طلقني ثلاثاً على ألف فطلق واحدة على ثلث الألف ، أو اقتصر على قوله ، طلقتك واحدة ، وقعت الواحدة واستحق ثلث الألف . كما لو قال : رد

---

(١) قال في الخادم ما حكاه عن المتولي من التخصيص ذكره القاضي الحسين وصاحب الكافي أيضاً وهو ضعيف وقد حكى الرافعي عقب الكلام على ما إذا علق بإعطاء عبد عن البغوي أنه لو قال لزوجته الأمة ان أعطيتني ثوباً فأنت طالق فأعطته لم تطلق لأنها لا تملكه. انتهى . وبقية كلام الروضة ان قال هذا الثوب أعطته طلقت وفيما يرجع به القولان ـ انتهى .
وفي كون الثاني أرجح نظر لأن الأول منقول عن القاضي الحسين والمتولي وصاحب الكافي والموضع الثاني منقول عن البغوي خاصة وانظر إلى قول الشيخ فيما إذا قال إن اعطيتني هذا الثوب فأعطته طلقت .

(٢) سيأتي في آخر الباب عن البغوي خلافه وهو ما تقدم قريباً عنه أنه لو قال إن أعطيتني ثوباً فأنت طالق فأعطته لم تطلق لأنها لا تملك وتقدم ما فيه من التعارض في أركان الخلع .

عبيدي ولك ألف ، فرد أحدهم . وحكى الشيخ أبو علي وجهاً أنه لا يقع شيء وغلط قائله .

فرع : قال لامرأتيه : خالعتكما أو طلقتكما ، أو أنتما طالقان بألف ، فقبلت إحداهما فقط ، لم يقع بشيء . وقيل : يصح في حق القائلة والصحيح الأول .

ولو قال : طلقت إحداكما بألف ولم يعين فقالتا : قبلنا ، لم يصح ذكره البغوي . ولو قال : خالعتك وضرّتك بألف . فقالت : قبلت ، صح الخلع ، ولزمها الألف ، لأن الخطاب معها وحدها وهي مختلعة لنفسها ، وقابلة لضرتها كالأجنبي .

ولو قالتا له : طلقنا بألف فطلق إحداهما ، طلقت دون الأخرى . وهل يلزمها مهر المثل أم حصتها من المسمى إذا وزع على مهر مثلهما ، أم نصف المسمى ؟ فيه ثلاثة أقوال . أظهرها الأول ، وتجري الأقوال في الواجب على كل واحدة إذا طلقهما .

قال الشيخ أبو حامد : والخلاف مخصوص بصورة الإطلاق .

أما لو قال : طلقتكما على ألف مناصفة ، أو قالتا : طلقنا على ألف مناصفة ، فهو مناصفة بلا خلاف .

ولو قالت : طلقني بألف ، فقال : طلقتك بخمسمائة ، بانت واستحق خمسمائة على الصحيح ، وقيل : لا تطلق تغليباً للمعاوضة ، وبالله التوفيق .

الباب الثاني
في أركان الخلع

وهي خمسة .

الأول : الزوج ، فيوجب ابتداءً أو يجيب سؤالها ، ويشترط أن يكون ممن ينفذ طلاقه ، فلا يصح خلع الصبي والمجنون ، ويصح خلع المحجور عليه بفلس أو سفه ، سواء أذن الولي أم لا ، وسواء كان العوض مهر المثل أو دونه ، لأن طلاقها مجاناً نافذ ، ولا يجوز للمختلع تسليم المال إلى السفيه ، بل يسلمه إلى الولي ، فإن سلمه إلى السفيه وكان الخلع على عين مال ، أخذها الولي من يده . فإن تركها في يده حتى تلفت بعد علمه بالحال ، ففي وجوب الضمان على الولي وجهان حكاهما

الحناطي[١] . وإن تلف في يد السفيه ولم يعلم الولي بالتسليم ، رجع على المختلع بمهر المثل على الأظهر ، وبقيمة العين على القول الآخر . وإن كان الخلع على دين ، رجع الولي على المختلع بالمسمى ، لأنه لم يجر قبض صحيح تبرأ به الذمة ، ويسترد المختلع من السفيه ما سلمه إليه . فإن تلف في يد السفيه ، فلا ضمان ، لأنه ضيع ماله بتسليمه إلى السفيه ، كمن باعه شيئاً وسلمه إليه وتلف عنده ، هذا إذا كان التسليم إلى السفيه بغير إذن الولي ، فإن كان بإذنه ، ففي الاعتداد بقبضه وجهان عن الداركي ، ورجح الحناطي للاعتداد[٢] .

فرع : يصح خلع العبد بغير إذن سيده وبدون مهر المثل ، ويدخل المهر في ملك سيده قهراً كأكسابه ، ولا يسلم المختلع المال إليه بل إلى السيد . فإن سلمه إليه فعلى ما سبق في السفيه ، إلا أن ما يتلف في يد العبد يطالبه المختلع بضمانه إذا عتق ، وما يتلف في يد السفيه لا يطالبه به ، لا في الحال ولا بعد الرشد ، وخلع المدبر والمعتق بعضه كالقن . فإن جرت مهايأة بين من بعضه حر وبين سيده ، فليكن عوض الخلع من الأكساب النادرة ، وليجيء فيه الخلاف .

والمكاتب يسلم إليه عوض الخلع لصحة يده واستقلاله .

الركن الثاني : المختلع يشترط في قابل الخلع من الزوجة والأجنبي ، أن يكون مطلق التصرف في المال ، صحيح الالتزام .

وللحجر أسباب .

أحدها : الرق . فإن اختلعت الأمة نفسها بغير إذن سيدها ، نظر إن اختلعت

---

(١) سكت الشيخ عن الترجيح قال الشيخ جلال الدين البلقيني جزم المصنف في باب اللقطة في نحو هذه المسألة بأن الضمان على الولي وهي ما إذا التقط الصبي وفرعنا على صحة التقاطه وهو المذهب فإن على الولي أن ينزعها من يده فإن قصر بتركها في يده حتى تلفت أو أتلفها لزم الولي الضمان في مال نفسه وشهوة بما إذا احتطب الصبي وتركه الولي في يده حتى تلف أو أتلفه الصبي يجب الضمان على الولي لأن عليه حفظه عن متلفه . انتهى ومتقضى هذا الجزم بإيجاب الضمان على الولي لأن السفيه في الالتقاط كالصبي وحكمه ما تقدم . انتهى .

(٢) قضيته الاعتداد بقبضه قال الشيخ البلقيني في التدريب انه الأصح ذكره في باب الحجر ونقله هنا في حاشية الروضة عن الروياني في الكافي قال في التدريب وقياسه أن يجري في كل دين والأعيان أولى . وقال الأذرعي : أن نص الأم يفهم منه ذلك يعني ما رجحه الحناطي ولو قال السفيه لزوجته الرشيدة إن أعطيتني ألفاً فأنت طالق فأعطته ألفاً طلقت ولا ضمان صرح بذلك الماوردي .

بعين ماله ، فقولان . أحدهما : يقع الطلاق رجعياً كالسفيهة والمشهور أنه يقع بائناً كالخلع على خمر ، وهل المستحق عليها مهر المثل أم بدل العين ؟ قولان . أظهرهما : الأول . وإن اختلعت على دين ، بانت . وهل عليها المسمى أم مهر المثل ؟ وجهان ، أو قولان . أصحهما : الأول ، وبه قطع العراقيون ، واختاره القفال والشيخ أبو علي ، ثم ما ثبت عليها باختلاعها يتعلق بذمتها تطالب به بعد العتق لا في الحال .

أما إذا اختلعت بإذن سيدها ، فإما أن يبين العوض ، وإما أن يطلق . فإن بين ، نظر ، إن كان عيناً من ماله ، نفذ الخلع ، واستحق الزوج تلك العين ، وإن قدر ديناً ، بأن قال : اختلعي بألف ففعلت ، تعلق الألف بكسبها كمهر زوجة العبد . وإن زادت على ما قدر ، فالزيادة في ذمتها .

وإن قال : اختلعي بما شئت ، اختلعت بمهر المثل ، وبالزيادة إن شاءت ، وتعلق الجميع بكسبها ، ذكره البغوي[١] . وإن أطلق الإذن ، اقتضى مهر المثل . فإن لم تزد عليه ، ففي كسبها ، وإلا فالزيادة في ذمتها ، وما يتعلق بكسبها يتعلق بما في يدها من مال التجارة إن كانت مأذوناً لها . وإن جرى الخلع بإذن السيد والعوض دين ، ففي كون السيد ضامناً له الخلاف السابق في مهر زوجة العبد .

فرع : اختلاع المكاتبة بغير إذن سيدها ، كاختلاع الأمة بغير إذنه . وإن اختلعت بإذنه ، فالمذهب والمنصوص هنا أنه كاختلاعها بغير إذن . وقيل : كاختلاع الأمة بالإذن ، ولا يكون السيد هنا ضامناً بلا خلاف[٢] .

---

(١) اقتصاره عليه يدل على أنه المنقول في المذهب لكن الرافعي لما نقله عنه قال : كأنه أراد مهر المثل وإلا فإنه مذكور في الوكالة أنه لو قال لوكيله بع بما شئت لا يجوز بالعزو إنما يجوز بغير نقد البلد وقضية ذلك أن لا يكون على مهر المثل مأذوناً فيه . وهذا الذي قاله الرافعي صحيح على تقدير تسليم ما ذكره لكن صرح الرافعي بخلافه عند الكلام على إذن المرأة في النكاح وذكره غير ما سبق في الوكالة .

(٢) قال الأذرعي : ما ذكره لا يطابق الأصل . قال الرافعي : وإن اختلعت بإذنه فطريقان أظهرهما أنه على القولين في هبة المكاتب وتبرعاته بإذن السيد . فإن قلنا : لا يصح وهو المنصوص ها هنا وهو بالاذن كهو بغير الاذن .

والطريق الثاني : القطع بالبطلان بخلاف سائر التبرعات . انتهى

وكأن الشيخ لما رأى هذه الطريقة وقوله إن قول المنع هو المنصوص وها هنا فهم أن الراجح ما ذكره .

فرع : اختلاع السيد أمته التي هي تحت حر ، أو مكاتب على رقبتها ، قال إسماعيل البوشنجي : تحصلت فيه بعد إمعان النظر على وجهين . أحدهما : تحصل الفرقة بمهر المثل ، وأصحهما : لا يصح الخلع أصلاً .

السبب الثاني : الحجر بالسفه .

فإذا قال لزوجته المحجور عليها لسفه : خالعتك أو طلقتك على ألف فقبلت ، وقع الطلاق رجعياً ، سواء فعلت ذلك بإذن الولي أم بغير إذنه ، ولا يلزمها المال ، وليس للولي صرف مالها في الخلع . فإن لم تقبل ، لم يقع الطلاق ، لأن الصيغة تقتضي القبول ، فأشبه الطلاق المعلق على صفة .

ولو قال لها : طلقتك على ألف إن شئت فقالت على الاتصال : شئت وقع الطلاق رجعياً . ولو بدأت فقالت : طلقني على كذا فأجابها ، وقع طلاق رجعي أيضاً .

فرع : له زوجتان : رشيدة ومحجور عليها بسفه ، فقال : طلقتكما على كذا ، فقبلتا ، طلقت الرشيدة بائناً ، وعليها مهر المثل على الأظهر ، وطلقت السفيهة رجعياً ، وإن قبلت إحداهما ، لم يقع عليهما شيء . ولو كانتا سفيهتين ، فقال : طلقتكما على ألف فقبلتا ، وقع الطلاق عليهما رجعياً . وإن قبلت إحداهما ، لم يقع شيء . ولو بدأتا فقالتا : طلقنا بألف فطلقهما ، وقع الطلاق على السفيهة رجعياً ، وعلى الرشيدة بائناً .

وإن أجاب السفيهة ، وقع عليها رجعياً ، وإن أجاب الرشيدة ، وقع بائناً .

وقوله : أنتما طالقان على ألفٍ إن شئتما ، كقوله : طلقتكما على ألف في جميع ذلك .

السبب الثالث : الجنون والصغر ، فقبول مجنونة وصغيرة لا تمييز لهما لغو .

= والرافعي لم يرد ذلك بل عنده أن الأصح الصحة كتبرعاته ، وقد وافقه الشيخ هناك على أن في خلعها بإذنه قولين عند الجمهور أظهرهما الصحة . ثم نقل طريقين القطع بالصحة وعكسها ويحتمل أن يقال إن كان حظه ظاهراً في ذلك بأن يكون المبذول يسيراً ويتفرع بالفرقة من الزوج للكسب وتحصيل النجوم صح الخلع قطعاً بل من توقفه على إذن السيد والحالة هذه وقفه ، وإن كان الحال بالعكس فهو موضع التردد والاحتمال .

وقول الزوج لها : أنت طالق على كذا لغو . ولو قال ذلك لصغيرة مميزة فقبلت ، فهل يقع طلاق رجعي أم لا يقع شيء ؟ وجهان . رجح الإمام والغزالي المنع ، والبغوي الوقوع .

السبب الرابع : المرض . فإذا اختلعت في مرض موتها ، نظر ، إن كان بمهر المثل ، نفذ ولم يعتبر من الثلث ، وإن كان بأكثر ، فالزيادة كالوصية للزوج ، فيعتبر من الثلث ولا يكون كالوصية للوارث لخروجه بالخلع عن الإرث .

ولو اختلعت بعبد قيمته مائة ، ومهر مثلها خمسون ، فقد حابت بنصف العبد ، فينظر ، إن خرجت المحاباة من الثلث ، فالعبد كله للزوج عوضاً ووصية . وحكى الشيخ أبو حامد وجهاً ، أنه بالخيار بين أن يأخذ العبد ، وبين أن يفسخ العقد فيه ويرجع إلى مهر المثل ، لأنه دخل في العقد على أن يكون العبد كله عوضاً . والصحيح الأول ، إذ لا نقص ولا تشقيص . وإن لم يخرج من الثلث ، بأن كان عليها دين مستغرق ، لم تصح المحاباة ، والزوج بالخيار ، بين أن يمسك نصف العبد وهو قدر مهر المثل ، ويرضى بالتشقيص ، وبين أن يفسخ المسمى ويضارب الغرماء بمهر المثل . وإن كان لها وصايا أخر ، فإن شاء الزوج ، أخذ نصف العبد وضارب أصحاب الوصايا في النصف الآخر . وإن شاء فسخ المسمى وتقدم بمهر المثل على أصحاب الوصايا ، ولا حق له في الوصية ، لأنها كانت في ضمن المعاوضة وقد ارتفعت بالفسخ . وإن لم يكن دين ولا وصية ولا شيء لها سوى ذلك العبد ، فالزوج بالخيار ، إن شاء أخذ ثلثي العبد ، نصفه بمهر المثل ، وسدسه بالوصية ، وإن شاء فسخ وليس له إلا مهر المثل .

فرع : مرض الزوج لا يؤثر في الخلع ، فيصح خلعه في مرض الموت بدون مهر المثل ، لأن البضع لا يبقى للوارث لو لم يخالع ، كما لو أعتق مستولدته في مرض الموت ، لا يعتبر من الثلث ، ولأنه لو طلق بلا عوض لم يعتبر قيمة البضع من الثلث .

الركن الثالث : المعوض وهو البضع ، وشرطه أن يكون مملوكاً للزوج . فأما البائنة بخلع وغيره ، فلا يصح خلعها ، ويصح خلع الرجعية على الأظهر لأنها زوجة . والثاني : لا لعدم الحاجة إلى الافتداء . وقيل : يصح خلعها بالطلقة الثالثة

دون الثانية لتحصل البينونة الكبرى . وإذا قلنا : لا يصح ، فنقل الإمام وغيره عن الأصحاب ، أن الطلاق يقع رجعياً إذا قبلت كالسفيهة .

فرع : خالع مرتدة مدخلاً بها ، توقف ، فإن عادت إلى الإسلام قبل انقضاء العدة ، تبينا صحة الخلع ولزوم المال المسمى ، وإلا تبينا بطلان الخلع لانقطاع النكاح بالردة ، وكذا الحكم لو ارتد الزوج بعد الدخول ، أو ارتدا معاً ، ثم جرى الخلع ، وكذا لو أسلم أحد الزوجين الوثنيين ، ثم تخالعا ، وأطلق المتولي أنه لا يصح الخلع بعد تبديل الدين لأن الملك كالزائل .

الركن الرابع : العوض هو كالصداق ، فيجوز قليلاً وكثيراً ، عيناً وديناً ، ويشترط أن يكون معلوماً متمولاً مع سائر شروط الأعواض ، كالقدرة على التسليم واستقرار الملك وغيرهما ، وتفصيله بصور . إحداها : لو خالع على مجهول كثوب غير معين ، حصلت البينونة ورجع إلى مهر المثل[1] ، ومن المجهول حمل البهيمة والجارية ، سواء قال : خالعتك بما في بطنها أو على حملها . ولو خالع بألف إلى أجل مجهول ، أو خالع بشرط فاسد كشرط أن لا ينفق عليها وهي حامل ، أو لا سكنى لها ، أو لا عدة عليها ، أو أن يطلق ضرتها ، بانت بمهر المثل . وحكى المتولي وجهاً ، أنه لا تحصل الفرقة في صورة الجهل وسائر صور فساد العوض ، وكذا لو خالع ولم يذكر عوضاً بناء على أن الخلع فسخ ، والمذهب الأول .

فرع : خالعها على ما في كفها ولم يعلمه ، أو علمه ولم نصحح بيع الغائب ، بانت بمهر المثل ، وإن علم وصححناه ، بانت بالمسمى . فإن لم يكن في كفها شيء ، ففي « الوسيط » أنه يقع الطلاق رجعياً ، والذي نقله غيره وقوعه بائناً بمهر المثل ، ويشبه أن يكون الأول فيما إذا كان عالماً بالحال ، والثاني فيما إذا ظن في كفها شيئاً .

قلت : المعروف الذي أطلقه الجمهور ، كأصحاب « الشامل » و« التتمة »

---

(١) قال في الخادم : هذا إذا كان بغير تعليق أو كان معلقاً بإعطاء المجهول وغيره مما يتحقق إعطاؤه مع الجهالة ، أما إذا قال إن أبرأتني من صداقك أو دينك أو نحو ذلك فأنت طالق فأبرأته وهي جاهلة به لم يقع الطلاق لأن الابراء من المجهول لا يصح فلم يصح الابراء فلم يوجد ما علق عليه الطلاق فلا يقدم لعدم حصول شرطه . ولا بد أن يعلم الزوج القدر المبرأ منه وإلا فلا تصح البراءة ولا يقع الطلاق .

و « المستظهري » و « البيان » وغيرهم ، وقوعه بائناً بمهر المثل ، وهو مقتضى كلام إمام الحرمين . والله أعلم .

الصورة الثانية : خالعها على ما ليس بمال كخمر أو حر ، بانت . وهل يرجع عليها بمهر المثل ، أم ببدل المذكور ؟ قولان . أظهرهما : الأول[١] .

ولو خالع على مغصوب ، فكذلك ، ويفرق بين أن يقول : خالعتك على هذا العبد فبان حراً ، وبين قوله : خالعتك على هذا الحر في أصح الطريقين ، كما سبق في الصداق حتى يقطع بمهر المثل في الصورة الثانية ، لفساد الصيغة ، وكذا يفرق بين قوله : خالعتك على هذا العبد فبان مستحقاً ، وبين قوله : خالعتك على هذا المغصوب حتى يقطع بمهر المثل في الصورة الثانية . وعن القاضي حسين وجه فيما إذا خالع على خمر أو مغصوب : وقع الطلاق رجعياً ، لأن المذكور ليس بمال ، فلا يظهر طمعه في شيء ، والصحيح الأول ، وبه قطع الأصحاب . ولو خالع على دم ، وقع الطلاق رجعياً ، وعللوه بأنه لا يقصد بحال ، فكأنه لم يطمع في شيء .

والخلع على الميتة ، كالخمر لا كالدم ، لأنها قد تقصد للضرورة وللجوارح .

الصورة الثالثة : الخلع على ما لا يقدر على تسليمه ، وما لا يتم ملكه عليه ، كالخلع على خمر في جريان القولين فيما يرجع به من مهر المثل والبدل .

ولو خالع على عين فتلفت قبل القبض ، أو خرجت مستحقة ، أو معيبة فردها أو فاتت منها صفة مشروطة فردها ، ففيم يرجع به القولان . ولو خالعها على ثوب في الذمة ووصفه كما ينبغي ، فأعطته ثوباً بالصفة فبان معيباً ، فله رده ويطالب بمثله سليماً كما في السلَم .

وإن قال : إن أعطيتني ثوباً بصفة كذا فأنت طالق ، فأعطته ثوباً بتلك الصفة ،

---

(١) محله في الخمر في خلع غير أهل الكتاب . أما خلعهم به فصحيح كما في أنكحتهم حتى لو حصل إسلام بعد قبض الخمر كله فإنه لا شيء عليها ، وإن كان الاسلام قبل قبضه وجب مهر المثل للتعذر وفي قبض بعضه قسط مهر المثل . قال الشيخ البلقيني : ويستثنى من إطلاقه خلع الأب أو الأجنبي على هذا الخمر أو على المغصوب أو على عبدها هذا أو على صداقها ، ولم يصرح بنيابة ولا استقلال فيقع رجعياً ولا مهر ، وليس لنا خلع بمغصوب أو خمر ونحوه يكون الحكم فيه كذلك غير هذه الصورة .

طلقت . فإن خرج معيباً فرده ، عاد القولان في أنه يرجع بمهر المثل أم بقيمة ذلك الثوب سليماً ؟

الرابعة : التوكيل بالخلع من الجانبين جائز . فأما وكيل الزوج ، فإن قدر له مالاً بأن قال : خالعها بمائة ، فينبغي أن يخالع بالمائة فأكثر ، ولا ينقص .

فإن خالع بمائة وثوب ، فهو كما لو قال : بع عبدي بمائة فباعه بمائة وثوب وقد سبق .

وإن أطلق التوكيل في الخلع ، فينبغي أن يخالع بمهر المثل وأكثر ، ولا ينقص .

وصورة إطلاق التوكيل أن يقول : وكلتك في خلع زوجتي ، أو خالعها ولا يذكر مالاً ، ويكفي هذا في التصوير إن قلنا : إن مطلق الخلع يقتضي مالاً ، وإن قلنا : لا يقتضيه ، اشترط أن يقول : خالعها بمال .

فإن نقص الوكيل عن المائة في صورة التقدير ، فالنص لا يقع الطلاق ، وإن نقص عن مهر المثل في صورة الإطلاق ، فالنص وقوعه .

وللأصحاب فيه طرق ، مجموعها خمسة أقوال .

أظهرها : يقع الطلاق في صورة الإطلاق بمهر المثل ، ولا خيار للزوج ، ولا يقع في صورة التقدير عملاً بالنصين ، لتصريح المخالفة في صورة التقدير . والثاني : لا يقع فيهما كالمخالفة في البيع . والثالث : يتحتم وقوع الطلاق بائناً فيهما ، ويتخير الزوج بين المسمى ومهر المثل . والرابع : يتخير بين المسمى وبين ترك العوض ، وجعل الطلاق رجعياً . والخامس : إن رضي بالمسمى ، فذاك ، وإلا فلا طلاق .

وخلع الوكيل بغير نقد البلد ، أو غير جنس المسمى ، وبالمؤجل ، كخلعه بدون المقدر أو دون مهر المثل ، ففيه الخلاف المذكور .

وأما وكيل الزوجة ، فإما أن يقدر له العوض ، وإما لا .

الحالة الأولى : قدرت فقالت : اختلعني بمائة ، فإن اختلعها بها أو بما دونها

بالوكالة عنها ، نفذ . والقول في أنه هل يطالبه الزوج يأتي في « فصل خلع الأجنبي » إن شاء الله تعالى .

وإن اختلع بأكثر من مائة وأضاف إليها فقال : اختلعها بكذا من مالها بوكالتها ، فالمنصوص وقوع الطلاق بائناً . وخرج المزني قولاً إنه لا يقع الطلاق . ونقل الحناطي قولاً ، إنه يقع ولا يلزمها ولا الوكيل شيء . والمشهور حصول البينونة . فعلى هذا ، يلزمها مهر المثل على الأظهر ، وهو نصه في « الإملاء » . ونص في « الأم » ، أنه يلزمها أكثر الأمرين مما سمته هي ، ومن أقل الأمرين من مهر المثل ، وما سماه الوكيل . فإن كان مهر المثل زائداً على ما سماه الوكيل ، لم تجب الزيادة على ما سماه على هذا القول ، وكذا لو كان ما سماه الوكيل أكثر من مهر المثل ، لم تجب الزيادة . فلو سمت مائة وسمى الوكيل مائتين ، ومهر المثل تسعون ، فالواجب تسعون على القول الأول ، ومائة على الثاني .

ولو كان مهر المثل مائة وخمسين ، فالواجب مائة وخمسون على القولين . ولو كان مهر المثل ثلاثمائة ، لم يجب على القول الثاني إلا مائتان . وحكى قول ثالث ، إنها بالخيار ، إن شاءت أجازت بمسمى الوكيل ، وإن شاءت ردت وعليها مهر المثل .

وأما مطالبة الوكيل بما عليها ، فقال الأصحاب : لا يطالب إلا أن يقول : إني ضامن فيطالب بما سمى ، هذا هو المذهب ، وبه قطع الأصحاب في طرقهم ، وفي « المختصر » تعرض لمثله ، وفي « المجرد » للحناطي قول شاذ ، إنه لا أثر لهذا الضمان . وقال الإمام : ينبغي أن يكون أثر الضمان في مطالبته بما تطالب به المرأة ، ولا تطالب بزيادة عليه وهذا ضعيف .

ثم إذا غرم الوكيل للزوج ، قال البغوي : لا يرجع عليها إلا بما سمت ، ويجيء فيه قول إنه يرجع بالواجب عليها وهو مهر المثل أو أكثر الأمرين كما سنذكره إن شاء الله تعالى فيما إذا اختلع ولم يضف إليها .

أما إذا اختلع وأضاف إلى نفسه ، فهو اختلاع أجنبي والمال عليه .

ولو أطلق ولم يضف إليها ولا إليه ، فإن قلنا بالمشهور ، فعلى الوكيل ما

سماه ، وفيما عليها منه قولان . أظهرهما : عليها ما سمت والباقي على الوكيل ، فعلى هذا لو طالب الزوج الوكيل به ، رجع على الزوجة بما سمت . والثاني : عليها أكثر الأمرين مهر المثل وما سمت . فإن بقي شيء مما سمى فعلى الوكيل . وإن زاد مهر المثل على ما سمى الوكيل ، لم تجب تلك الزيادة ، لأن الزوج رضي بما سمى الوكيل . ولو أضاف ما سمته إليها والزيادة إلى نفسه ، ثبت المال كذلك .

ولو خالف الوكيل في جنس العوض بأن قالت : خالع على دراهم ، فخالع بدنانير أو ثوب ، فوجهان . أحدهما عن القاضي حسين : ينصرف الاختلاع عنها فيلغو إن أضاف إليها ، ويقع عن الوكيل إن أطلق . وأصحهما وبه قطع البغوي ، تحصل البينونة ، ثم ينظر ، إن أضاف الخلع إلى مالها . ولم يقل : وأنا ضامن ، فالرجوع عليها بمهر المثل على الأظهر ، وبأكثر من مهر المثل وبدل ما سمت في القول الثاني . وإن قال : وأنا ضامن أو لم يضف العقد إليها ، لم يرجع إلا ببدل ما سمت .

الحالة الثانية : إذا أطلقت التوكيل ، فمقتضاه الاختلاع بمهر المثل . فإن نقص عنه أو ذكر فيه أجلاً ، فقد زادها خيراً ، وإن زاد على مهر المثل ، فهو كما لو قدرت فزاد على المقدر ، وحكمه ما سبق ، لكن لا يجيء قول وجوب أكثر الأمرين .

فرع : اختلعها وكيلها بخمر أو خنزير ، بانت ولزمها مهر المثل ، سواء أطلقت التوكيل ، أو سمت الخمر والخنزير . وقال المزني : لا يصح التوكيل إذا سمت الخمر ، ولا ينفذ معه خلع الوكيل . ولو خالع وكيل الزوج على خمر أو خنزير ، وكان قد وكله بذلك ، فقد طرد أبو الفرج الزاز فيه مذهبنا ومذهب المزني .

فروع في فتاوى البغوي : قالت لوكيلها : اختلعني بطلقة على ألف ، فاختلعها بثلاث طلقات على ألف ، فإن أضاف إليها ، لم يقع إلا طلقة ، وإلا وقع الثلاث ، وليس عليها إلا ثلث الألف ، لأنه لم تحصل مسألتها إلا بثلث الألف ، وعلى الوكيل البقية . وفي هذا نظر ، وسيأتي إن شاء الله تعالى أنها لو قالت : طلقني واحدة بألف فطلقها ثلاثاً ، وقع الثلاث واحدة منها بالألف ، وفيها أنها لو قالت : اختلعني من زوجي بثلاث على ألف ، فاختلعها واحدة على ألف ، فإن أضاف إليها ، لم يقع ، وإلا وقع وعلى الوكيل ما سماه .

وأن الرجل لو قال لوكيله : خالعها ثلاثاً بألف ، فخالع واحدة على ألف ، وقع لأنه زاد خيراً .

وأنه لو وكله بتطليقها بألف ، ووكل آخر بتطليقها بألفين ، فأيهما سبق وقع الطلاق بما سمى . وإن أوجبا معاً ، فقالت : قبلت منكما ، أو كانت وكلت وكيلين أيضاً ، فقبل وكيلاها من وكيله معاً ، لم يقع شيء ، كما لو وكل رجلاً ببيع عبده بألف ، وآخر ببيعه بألفين فعقدا معاً لا يصح البيع .

وفي فتاوى القفال ، أنه لو وكله بتطليق زوجته ثلاثاً ، فطلقها واحدة بألف ، وقعت رجعية ولا يثبت المال ، ومقتضى هذا أن يقال : لو طلقها ثلاثاً بألف ، لا يثبت المال أيضاً ، ولا يبعد أن يقال : يثبت المال وإن لم يتعرض الزوج له كما لو قال : خالعها بمائة فخالع بأكثر .

الركن الخامس : الصيغة ، ولا بد منها ، ويشترط أن لا يتخلل بين الإيجاب والقبول كلام أجنبي ، فإن تخلل كلام كثير ، بطل الارتباط بينهما ، وإن تخلل كلام يسير ، لم يضر على الصحيح .

فصل : سألت زوجها طلاقاً بعوض ، وارتدت عقب السؤال ثم أجابها ، فينظر ، إن كان قبل الدخول ، تنجزت الفرقة بالردة فلا مال عليها ولا طلاق . وإن كان بعد الدخول ، فالطلاق موقوف . فإن أصرت حتى انقضت العدة ، فلا مال ولا طلاق . وإن أسلمت قبلها ، تبينا وقوع الطلاق ولزمها المال ، وحسبت العدة من وقت الطلاق .

ولو قالت له امرأتاه : طلقنا بألف ، ثم ارتدتا ثم أجابهما ، فإن لم يكن دخل بهما ، لغا الطلاق ، وكذا لو كان دخل بهما وأصرتا حتى انقضت العدة . وإن أسلمتا قبلها ، تبينا وقوع الطلاق عليهما .

وهل العوض الواجب على كل واحدة مهر المثل ، أم نصف المسمى ، أم حصتها منه إذا وزع على مهر مثلهما ؟ فيه ثلاثة أقوال . أظهرها : الأول . وإن أصرت إحداهما وأسلمت الأخرى ، لم يقع الطلاق على المصرة ، ويقع على المسلمة ، وفيما يلزمها الأقوال . وفي وجه يلزمها كل المسمى ، حكاه الحناطي .

ولو ارتدت إحداهما ثم أجابهما وكان قبل الدخول أو بعده وأصرت حتى انقضت العدة ، طلقت المسلمة دون المرتدة .

ولو ابتدأ الزوج فقال : طلقتكما بألف ، فارتدتا ، ثم قبلتا ، فإن لم يدخل بهما أو دخل وأصرتا ، لغا الخلع . وإن دخل بهما وأسلمتا في العدة ، طلقتا ، وإن أسلمت إحداهما وأصرت الأخرى ، لم تطلق واحدة منهما ، كما لو قبلت إحداهما دون الأخرى ، وقد سبق أنه إذا ابتدأ الزوج بالإيجاب ، فلا بد من قبولهما بخلاف ما إذا ابتدأتا .

ولو خاطبهما كما ذكرنا وارتدت إحداهما ثم قبلتا ، فإن كانت المرتدة غير مدخول بها ، أو مدخولاً بها وأصرت حتى انقضت العدة ، فلا طلاق فيهما . وإن أسلمت في العدة ، طلقتا . ولو ارتدتا بعد الدخول ثم قالتا : طلقنا بألف فأجابهما ثم أسلمتا ، طلقتا . وحكى الحناطي خلافاً ، في أنه يقع رجعياً أم ببدل ، وهذا الخلاف عجيب .

قلت : الصواب وقوعه بائناً ببدل ، كما أشار إليه الرافعي . والله أعلم .

فصل : قال الزوج : خالعتك بألف درهم ، فقالت : قبلت الألف ، ففي «فتاوى القفال» أنه يصح ويلزم الألف وإن لم تقل : اختلعت . وكذا لو قال الأجنبي : خالعت زوجتي بألف ، فقال : قبلته . وإن أبا يعقوب غلط فقال في حق المرأة : يشترط قولها : اختلعت ، ولا يشترط في الأجنبي .

فصل : قالت : طلقني على ألف ، فقال : طلقتك ، كفى وإن لم يسم المال ، كذا أطلقوه ، ويمكن جري خلاف فيه .

ولو قال المتوسط لها : اختلعت نفسك منه بكذا ؟ فقال : اختلعت ، ثم قال للزوج وهو في المجلس : خالعتها ؟ فقال : خالعت ، صح الخلع على المذهب ، وبه قطع البغوي قال البغوي : ولو لم تسمع المرأة قول الزوج ، وسمع السفير كلامهما ، كفى ، والإسماع ليس بشرط ، ألا ترى أنه إذا خاطب أصم فأسمعه غير المخاطب وقبل ، صح العقد .

فصل : إذا طلقها على عوض أو خالعها ، فلا رجعة له ، سواء كان العوض

صحيحاً ، أو فاسداً ، سواء قلنا : الخلع فسخ أو طلاق . فلو قال : خالعتك أو طلقتك بدينار على أن عليك الرجعة ، فنقل الربيع والمزني ، أنه يقع الطلاق رجعياً ولا مال . وخرج المزني ونقل الربيع قولاً آخر إنه يلغو شرط الرجعة ، وتحصل البينونة بمهر المثل . فقال ابن سلمة وابن الوكيل : في المسألة قولان ، وبه قطع الإمام والبغوي ، ورجحا البينونة بمهر المثل ، وذهب ابن سريج وأبو إسحاق وجمهور الأصحاب إلى القطع بوقوعه رجعياً بلا مال .

ولو خالعها بمائة على أنه متى شاء رد المائة ، وكان له الرجعة ، نص الشافعي رحمه الله أنه يفسد الشرط ، وتحصل البينونة بمهر المثل ، فقيل بطرد الخلاف . وقيل بالجزم بالمنصوص ، لأنه رضي بسقوط الرجعة هنا ، ومتى سقطت لا تعود .

فصل : لو وكل امرأة بطلاق زوجته أو خلعها ، صح على الأصح ، وقيل : لا ، لأنها لا تستقل . ولووكلت الزوجة امرأة باختلاعها ، جاز بلا خلاف ، ويجوز أن يكون وكيل الزوجة والزوج ذمياً ، لأنه قد يخالع المسلمة ويطلقها ، ألا ترى أنها لو أسلمت وتخلف ، فخالعها في العدة ثم أسلم ، حكم بصحة الخلع[١] ، ويجوز أن يوكل الزوج بالخلع العبد والمكاتب ، والسفيه المحجور عليه ، ولا يشترط إذنُ السيد والولي ، لأنه لا يتعلق في الخلع عهدة توكيل الزوج ، ولا يجوز أن يوكل المحجور عليه في القبض . فإن فعل وقبض ، ففي « التتمة » أن المختلع يبرأ ، ويكون الزوج مضيعاً لماله . ولو وكلت المرأة في الاختلاع عبداً ، جاز سواء أذن السيد أم لا . فإن كان الاختلاع على عين مالها ، فذاك . وإن كان على مال في الذمة ، نظر ، إن أضافه إليها ، فهي المطالبة . وإن لم يضف بل أطلق ، فإن لم يأذن السيد في الوكالة ، جاز للزوج مطالبته بالمال بعد العتق . وإذا غرم ، رجع على الزوجة إذا قصد الرجوع . وإن أذن في الوكالة ، تعلق المال بكسبه ، كما لو اختلعت الأمة بإذن السيد . وإذا أدى من كسبه ، ثبت الرجوع على الموكلة . ولو وكلت في الاختلاع محجوراً عليه لسفه ، قال البغوي : لا يصح . وإن أذن الولي ، فلو فعل وقع الطلاق

---

(١) قدم الشيخ المسألة في باب الوكالة من زيادته فقال : وإن وكله أي وكل ذمياً في طلاق مسلمة فوجهان أرسلهما بغير ترجيح وجزم هناك بالصحة وعبر في الموضعين بالذمي ، ولو عبر بالكافر لكان أعم ، وقد صرح الروياني في البحر بأنه لا فرق بين الذمي والحربي .

رجعياً ، كاختلاع السفيهة ، وهذا على ما ذكره المتولي فيما إذا أطلق .

وأما إذا أضاف المال إليها ، فتحصل البينونة ويلزمها المال إذ لا ضرر على السفيه .

فرع : الواحد لا يتولى طرفي الخلع بالوكالة ، كالبيع وسائر العقود . فلو وكل الزوجان رجلاً تولى ما شاء من الطرفين مع الزوج الآخر أو وكيله . وقيل : يجوز أن يتولى طرفي الخلع ، لأن الخلع يكفي فيه اللفظ من جانب ، والإعطاء من جانب . وعلى هذا ، ففي الاكتفاء بأحد شقي العقد خلاف ، كبيع الأب ماله لولده ، والصحيح الأول .

فصل : يجوز أن يكون عوض الخلع منفعة ، ويصح عقد الإجارة عليها . فلو خالعها على إرضاع ولده أو حضانته مدة معلومة ، جاز ، سواء كان الولد منها أو من غيرها ، ويشبه أن يكون الجمع بينهما واستتباع أحدهما إذا أفرد على ما سبق في الإجارة .

وفي إبدال الصبي المعين وانفساخ العقد بموته ، خلاف سبق في الإجارة . والمذهب الانفساخ ، وهو المنصوص في « المختصر » وأكثر الكتب ورجحه الجمهور .

وامتناع الصبي من الارتضاع والتقام الثدي ، كالموت . فإن قلنا بالانفساخ ، فذلك فيما بقي من المدة ، ولا ينفسخ في الماضي على المذهب . وقيل : قولان من تفريق الصفقة ، فإن انفسخ فيما مضى رجع عليها بمهر المثل على الأظهر . وعلى القول الآخر ، بأجرة مثل الإرضاع تلك المدة ، وعلى الزوج لها أجرة الإرضاع في المدة الماضية . وإن لم تنفسخ في الماضي ، فعلى الأظهر يرجع بقسط المدة الباقية من مهر المثل إذا وزع مهر المثل على المدتين . وعلى الثاني : يرجع بأجرة مثل ما بقي من المدة . وإن قلنا : لا ينفسخ العقد ، فإن أتى بصبي مثله لترضعه ، فذاك ، وإن لم تأت به مع الإمكان حتى مضت المدة ، فوجهان . أحدهما : يبطل حقه ولا شيء عليها ، كما لو لم ينتفع المستأجر بعد قبضه العين ، تستقر عليه الأجرة . والثاني : يلزمها قسط المدة الباقية من مهر المثل إذا وزع على المدتين ، كما إذا تلف

المبيع في يد البائع ، يكون من ضمانه وإن تمكن المشتري من القبض ، وهذا أصح عند الشيخ أبي حامد . ومقتضى كلام البغوي ترجيح الأول .

قلت : الأصح الوجه الثاني . والله أعلم .

ولو لم يأت بصبي آخر لعجزه ، فقد قطع البغوي وغيره ، بأن الحكم فيه كما إذا حكمنا بالانفساخ ، والوجه أن يطرد فيه الخلاف ، ولا فرق بين العجز وعدمه كما سبق في « الإجارة » فيما لو تلف الثوب المعين للخياطة وقلنا : لا تنفسخ الإجارة ، فلم يأت المستأجر بثوب مثله حتى مضت مدة الإجارة ، فإن في استقرار الأجرة وجهين ، سواء امتنع من الابدال لعجزه أو مع القدرة .

قلت : الصحيح ، ما جزم به البغوي وموافقوه . والله أعلم .

فرع : لو أضاف إلى الإرضاع والحضانة نفقته مدة ، بأن خالعها على كفالة ولده عشر سنين ، ترضعه منها سنتين ، وتنفق عليه تمام العشر وتحضنه ، نظر ، إن بين [قدر][1] النفقة كل يوم من الطعام والإدم كالزيت واللحم ، وكسوته كل فصل أو سنة ، وكان ذلك مما يجوز السلم فيه ، ووصفه بالأوصاف المشروطة في السلم ، ففي صحة الخلع بما سمي طريقان . أصحهما : القطع بالصحة ، لأن المقصود الكفالة ، وهذه الأمور تابعة . والثاني : على قولين ـ لأنه جمع بين بيع وإجارة ، ولأنه سلم في أجناس ـ . أظهرهما : الصحة أيضاً .

فإن أبطلناه ، فهل يرجع بمهر المثل أم ببدل الأشياء المذكورة ؟ قولان . أظهرهما : الأول ، ومنهم من قطع به هنا ، لأنه لو رجع إلى بدل الأشياء لأثبتناها .

وإن صححنا ، فهو في الطعام والشراب ، فيخير بين أن يستوفيه بنفسه ويصرفه إلى الولد ، وبين أن يأمرها بالصرف إليه .

قال ابن الصباغ : ينبغي أن يجيء فيه الخلاف المذكور ، فيما إذا أذن الحاكم للملتقط في الإنفاق على اللقيط من ماله ، بشرط الرجوع .

قلت : ليس هو مثله ، بل يجوز هذا قطعاً والفرق ظاهر . والله أعلم .

---

(١) سقط في « ط » .

ثم إن عاش الولد حتى استوفى المنفعة والعين ، فذاك ، فإن خرج زهيداً وفضل من المقدر شيء ، فهو للزوج ، وإن كان رغيباً واحتاج إلى زيادة ، فهي على الزوج .

وإن مات الولد ، فله حالان .

أحدهما : أن يموت قبل تمام مدة الإرضاع ، ففيه الخلاف السابق في انفساخ العقد ، وجواز الإبدال ، فإن حكمنا بالانفساخ ، ومنعنا الإبدال ، انفسخ فيما بقي من المدة ، وفي انفساخه فيما مضى وفي الطعام والكسوة خلاف تفريق الصفقة . والأظهر عدم الانفساخ . وإذا قلنا : لا ينفسخ ، استوفى الزوج الطعام والكسوة ، ويرجع بما انفسخ العقد فيه من المدة إلى أجرة المثل في قول ، وإلى حصته من مهر المثل على الأظهر ، وبيان الحصة بأن يُقوَّمَ الطعام والأدم والكسوة ، وما مضى من المدة ، وما بقي ، ويعرف نسبة قيمة الباقي من المدة من الجميع ، فيجب من مهر المثل بتلك النسبة . وإذا قلنا : يتعدى الانفساخ إلى المدة الماضية والنفقة ، رجع إلى مهر المثل على الأظهر ، وإلى بدل الجميع على الثاني ، وترجع الزوجة بأجرة ما مضى من مدة الإرضاع ، وقد يقع التقاص ، هذا هو المذهب . وعن القاضي أبي الطيب ، أن الواجب قسط ما سوى المدة الماضية من مهر المثل ، وتسقط حصتها وتجعل منفعتها مستوفاة .

الحال الثاني : أن يموت بعد ارتضاعه المدة بكمالها ، فيبقى استحقاق النفقة والكسوة ، وهل يتعجل الاستحقاق أم يبقى منجماً كما كان ؟ وجهان . أصحهما : الثاني .

ولو انقطع جنس بعض الأشياء المذكورة ، ففيه القولان السابقان في انقطاع المسلم فيه . أحدهما : ينفسخ العقد . فعلى هذا ينفسخ في المنقطع ، ولا ينفسخ في الأعيان المقبوضة على الأظهر ، كما لو اشترى عبدين ، فقبض أحدهما وتلف الآخر ولا في الحضانة والإرضاع على المذهب ، لبعد ما بينهما ، فإن حكم بالانفساخ في الجميع غرم لها بدل ما استوفى من العين والمنفعة ، وله عليها مهر المثل على الأظهر . وفي قول : بدل المسمى . وإن قلنا : لا ينفسخ إلا في المنقطع ، رجع إلى حصته من مهر المثل على الأظهر ، وإلى بدل المنقطع في

قول . والقول الثاني في الأصل وهو الأظهر ، أن انقطاع المسلم فيه لا يقتضي الانفساخ ، لكن يثبت له خيار الفسخ ، فله الفسخ في الجميع . وهل له الفسخ في المنقطع وحده ؟ فيه الخلاف السابق فيمن اشترى عبدين فوجد أحدهما معيباً وأراد إفراده بالرد ، قال المتولي : وله الفسخ في الأعيان دون المنافع على المذهب لبعد ما بينهما جنساً وعقداً . وإذا أفرد المنقطع بالرد وجوزناه ، ففيما يرجع به القولان . هذا كله إذا كان المذكور مما يجوز السلم فيه ، ووصف بالصفات المشروطة في المسلم فيه ، فإن لم توصف ، أو كان مما لا يجوز السلم فيه كالثياب المخيطة ، والمحشوة ، والمطبوخ والمشوي من الطعام[1] ، فالمسمى فاسد ، والرجوع إلى مهر المثل بلا خلاف .

الباب الثالث
في بيان الألفاظ الملزمة ومقتضاها

فيه أطراف .

الأول : في الألفاظ الملزمة وفيه مسائل .

إحداها : صيغة المعاوضة ملزمة ، فإذا قال : طلقتك ، أو أنت طالق على ألف ، فقبلت ، صح الخلع ولزم الألف . ولو قال : أنت طالق وعليك ألف ، أو لي عليك ألف ، نظر ، إن لم يسبقه استيجاب بل ابتدأ الزوج به ، وقع الطلاق رجعياً قبلت أم لا ، ولا مال ، بخلاف قولها : طلقني ولك علي ألف فأجابها فإنه يقع بائناً بالألف ، لأن المتعلق بها من عقد الخلع الالتزام ، فيحمل لفظها عليه ، والزوج ينفرد بالطلاق . فإذا لم يأت بصيغة المعاوضة ، حمل على ما ينفرد به وصيغته خبر . فلو قال : أردت بقولي : وعليك ألف الإلزام وقصدت ما يقصده القائل بقوله : طلقتك على ألف ، لم يصدق . فإن وافقته ، فوجهان . أحدهما : لا يؤثر توافقهما ، لأن اللفظ لا يصلح للإلزام . وأصحهما : يؤثر فتبين بالألف .

---

(١) ذكر الشيخ في باب السلم ما نصه قال الصيمري : يجوز السلم في القمص والسراويلات إذا ضبطت طولاً وعرضاً وسعة وضيقاً » .
قال الأذرعي ، إن الماوردي والروياني تابعا الصيمري .
قال : وهو الأقرب وذكر في المهمات أن الفتوى على ما في باب الخلع .

فعلى الأول لا يحلفُ على نفي العلم إذا أنكرت ، لأنها لو صدَّقته لم تؤثر . وعلى الثاني ، يحلف . ومقتضى الثاني انعقاد البيع بقوله : بعتك ولي عليك كذا ، تفريعاً على انعقاد البيع بالكناية ، أما إذا سبق منها[١] استيجاب ، فإن لم تذكر عوضاً بأن قالت : طلقني ، فحكمه كما لو لم تطلب . وإن ذكرته مبهماً بأن قالت : طلقني ببدل ، فإن عين الزوج البدل في الجواب فقال : طلقتك وعليك ألف ، فهو كما لو ابتدأ فقال : طلقتك على ألف ، فإن قبلت ، بانت بالألف ، وإلا فلا طلاق . وإن أبهم الجواب فقال : طلقتك بالبدل ، أو طلقتك ، بانت بمهر المثل . وإن عينت البدل ، فقالت : طلقني ، فقال : طلقتك وعليك ألف ، بانت بالألف . وذكر المتولي أنه لو لم يسبق منها طلب ، وشاع في العرف استعمال هذا اللفظ في طلب العوض وإلزامه ، كان كقوله : طلقتك على ألف . ولو اختلفا ، فقال الزوج : طلبتِ مني الطلاق ببدل ، فقلت في جوابك : أنت طالق وعليك ألف ، فقالت : بل ابتدأت فلا شيء لك ، صدقت بيمينها في نفي العوض ولا رجعة له لقوله .

المسألة الثانية : قال : أنت طالق أو طلقتك على أن لي عليك ألفاً ، فهو كقوله : أنت طالق على ألف . فإذا قبلت ، بانت ولزمها المال ، هذا هو الصواب المعتمد ، وهو نصه في « الأم » وفي « عيون المسائل » ؛ وقطع به صاحب « المهذب » وسائر العراقيين . ومقتضاه انعقاد البيع بقوله : بعتك هذا على أن يكون لي عليك ألف ، وأدنى درجاته أن يجعل كناية في البيع .

وقال الغزالي : يقع الطلاق رجعياً ولا مال . قال : فإن فسر بالإلزام ، ففي قبوله وجهان . قال صاحب « التقريب » : لا ، وغيره : نعم .

الثالثة : قال : أنت طالق إن ضمنت لي ألفاً ، أو إن ضمنت لي ألفاً فأنت طالق ، فقالت في مجلس التواجب : ضمنت ، طلقت ولزمها ألف .

ولو قالت : متى ضمنت لي ألفاً فأنت طالق ، لم يعتبر المجلس بل متى ضمنت طلقت ، وليس للزوج الرجوع قبل الضمان . ولو أعطته المال ولم تقل : ضمنت أو قال : شئت بدل ضمنت ، لم تطلق . ولو ضمنت ألفين ، طلقت لوجود

(١) سقط في « ط » .

الصفة المعلق عليها مع زيادة ، بخلاف قوله : طلقتك على ألف ، فقالت : قبلت بألفين ، لأن تلك صيغة معاوضة فيشترط فيها توافق الإيجاب والقبول .

فرع : قال الزوج لها : أمرك بيدك ، أو جعلت أمر الطلاق إليك ، فطلقي نفسك إن ضمنت لي ألفاً ، فقالت : ضمنت وطلقت نفسي ، أو قالت : طلقت وضمنت ، بانت بالألف ، ويكون الضمان والطلاق مقترنين ، سواء قدمت لفظ الطلاق ، أو الضمان ، كما لو قال : طلقتك إن ضمنت لي ألفاً ، فقالت : ضمنت ، يقع الطلاق ويثبت المال مقترنين ، وإن تعاقب اللفظان ، فلو ضمنت ولم تطلق ، أو طلقت ولم تضمن ، لم يقع الطلاق . وإذا جمعتهما ، اشترط كون الضمان في المجلس قطعاً ، ويشترط كون التطليق في المجلس أيضاً على المذهب ، ولا يشترط إعطاء المال في المجلس قطعاً . وهل المراد بالمجلس مجلس التواجب ، أم مجلس القعود ؟ وجهان . أصحهما : الأول ، وقد سبقا في أول الكتاب . ولا يخفى أن المراد بالضمان في هذه المسائل القبول والالتزام[1] دون الضمان المفتقر إلى أصيل .

الرابعة : سبق أنه إذا علق الطلاق بالإعطاء ، لا يقع إلا بالإعطاء في المجلس على الصحيح ، إلا إذا كان بصيغة « متى » وما في معناها ، فلا تختص بالمحلس ، وكل ذلك جارٍ في قوله : إن أقبضتني كذا ، أو أدَّيتِ إلي كذا . ولو قال : أنت طالق إن شئت ، أو أنت طالق على ألف إن شئت ، اشترط وجود مشيئتها في مجلس التواجب ، بخلاف التعليق كسائر الصفات ، لأنه استدعاء لجوابها واستبانة رغبتها . وحكى الحناطي قولاً إنه لا يشترط المجلس ويقع الطلاق متى شاءت ، كسائر التعليق والمجلس مجلس التواجب على الصحيح كما سبق . وإذا قالت في المجلس : شئت وقبلت ، فقد تم العقد فتطلق ويلزم المال[2] ، ولا يشترط تسليم المال في

---

(١) قال في الخادم : كأنه سقط من التصوير الأول قوله إن شئت بألف ، ولا بد من هذا وإلا فليس بخلع بل تعليق بالمشيئة ولهذا قرنه بألف والتصوير الثاني وتعجب المصنف لمتابعته للرافعي على التعليق بالمشيئة مجرداً عن المال ولم يصلحه ، وقد يقال إنما تركاه قصداً للتنبيه على أن هذه اللفظة لو تجردت عن المال لكانت المشيئة معتبرة فها على الفور فمع ذكر المال أولى . انتهى .

وما ذكره أخيراً حسن على أنه لا يصفو من إشكال .

(٢) قال في الخادم : هذا تفريع من الحناطي والرافعي على اشتراط الجمع بين القبول والمشيئة إذا ابتدأ

المجلس . وإن اقتصرت على قولها : شئت ، أو قبلت ، فثلاثة أوجه . أصحها عند الغزالي : يكفي ، لأن كلاً منهما يشعر بالرضى والالتزام ، وهذا مقتضى كلام الشيخ أبي حامد . والثاني : لا بد من الجمع بينهما ، لأنه لو اقتصر على قوله : أنت طالق كان جوابها قبلت ، ولو اقتصر على قوله : أنت طالق إن شئت ، كان جوابها شئت ، فإذا جمعهما ، اشترط جمعهما في الجواب . والثالث : يكفي قولها : شئت ، ولا يكفي قولها : قبلت ، لأن القبول ليس مشيئة ، ولهذا لو قال : أنت طالق إن شئت ، فقالت : قبلت ، لم تطلق ، وبهذا قطع المتولي ، واختاره الإمام فيما حكى عنه المعلق .

قلت : هذا الثالث ، هو الأصح بل الصحيح . والله أعلم .

فعلى الثالث : لا رجوع للزوج على قاعدة التعليقات ، وعلى الثاني : في جواز رجوعه وجهان ، لتردده بين التعليق والمعاوضة .

ولو علق طلاقها بالمشيئة بصيغة « متى » طلقت متى شاءت ، ولا يختص بالمجلس كسائر الصفات .

ولو قالت : طلقني بألف درهم ، فقال : أنت طالق على ألف إن شئت ، فليس بجواب لها لما فيه من التعليق ، فيتوقف على مشيئة مستأنفة .

ولو نكَّر فقال : على ألف ونوى ما ذكرت ، فكذلك الحكم . وإن نوى غير الدراهم ، فقد نقل الحناطي أنه يقع طلاق رجعي ، ولا بدل ، وخرج من عنده أنه لا طلاق حتى يتصل به القبول والمشيئة ، كما لو ابتدأ به ، وهذا هو القياس الحق[١] . ولو لم ينو شيئاً ، فقد حكى وجهين في وقوعه رجعياً أو بائناً ، ووجهين إن وقع بائناً في أن الواجب مهر المثل أم المسمى ؟ ومقتضى جعله مبتدأً أن لا يقع الطلاق إلا أن يتصل به قبول ومشيئة[١] .

الخامسة : في حقيقة الإعطاء المعلق عليه . فإن سلمت المال إليه فقبضه ،

= الزوج بذلك وحينئذ فلا يحسن منه في الروضة متابعتهما في هذا مع تصحيحه عدم الاشتراط .

(٢) قال في الخادم ، وهذا مناقض لما صححه يعني الشيخ المصنف أولاً من الاكتفاء بالمشيئة دون القبول .

فذاك ، وإن وضعته بين يديه ، كفى ووقع الطلاق وإن امتنع من قبضه على الصحيح ، لأنها أعطته وهو يفوت حقه . وقيل : لا يكفي الوضع ، فلا يقع به الطلاق ، وهو ضعيف غريب . فإذا أعطته ، دخل في ملكه على الصحيح . وقيل : لا بل يرده ، ويرجع بمهر المثل ، ويجري هذا الوجه في قوله : إن ضمنت لي ألفاً فأنت طالق ، فقالت : ضمنت ، لأن لزوم المال بمجرد قولها بعيد ، كدخوله في ملكه بمجرد الإعطاء . وإذا قال : متى أعطيتني ألفاً ، فأنت طالق ، فبعثته على يد وكيلها ، فقبضه الزوج ، لم تطلق ، لأنها لم تعط هي ، وكذا لو أعطته عن الألف عوضاً ، أو كان لها عليه ألف درهم فتقاصا ، لم تطلق . ولو حضرت وقالت لوكيلها الحافظ لمالها : سلم إليه ، فسلمه ، طلقت وكان تمكينها الزوج من المال المقصود إعطاء ، قاله المتولي . ولو علق الطلاق بالإقباض فقال : إن أقبضتني كذا فأنت طالق ، فوجهان . أصحهما وبه قطع المتولي : أنه تعليق محض ، لأن الإقباض لا يقتضي التمليك ، بخلاف الإعطاء . فعلى هذا ، لا يملك المقبوض وليس له مهر المثل ، بل يقع الطلاق رجعياً . ولا يختص الإقباض بالمجلس كسائر التعليقات[١] . والثاني : أن الإقباض كالإعطاء على ما ذكرنا فيه . ولو قالت : إن قبضت منك كذا ، فهو كقوله : إن أقبضتني ، ويعتبر في القبض الأخذ باليد ، ولا يكفي الوضع بين يديه ، لأنه لا يسمى قبضاً[٢] ، ولو بعثته مع وكيلها ، لم يكف . ولو قبض منها مكرهة ، طلقت لوجود الصفة . وفي التعليق بالإعطاء ، لو أخذ منها كرهاً ، لم تطلق لأنها لم تعطه . وذكر المتولي ، أن ما ذكرناه في التعليق بالإقباض مفروض فيما إذا لم يسبق منه كلام يدل على الاعتياض بأن يقول : إن أقبضتني كذا وجعلته لي أو لأصرفه في حاجتي وما أشبه ذلك .

قلت : هذا الذي ذكره المتولي ، متعين . والله أعلم .

---

(١) ما ذكره الشيخ من عدم اشتراط الإقباض في المجلس . ذكره في المحرر لكن قال قبله بقليل انه إذا علق بالاعطاء لا تبرأ إلا بالإعطاء في المجلس على الصحيح إلا إذا علق بمتى وما في معناها فلا يختص بالمجلس . وكل ذلك جار في ان أقبضتني أو أديت إلي .

(٢) قال الشيخ البلقيني : هذا إنما هو في صورة إن قبضت منك وكلام جمع من الأصحاب يدل على ذلك ، أما لو قال إن أقبضتني فوضعته بين يديه فإنه يكون كافياً لإيقاع الطلاق رجعياً لأنها أقبضته . وقال الامام في النهاية : ثم إذا قال إن أقبضتني فجاءت به وأوقعته بين يديه فهذا إقباض ولا يشترط في تحقيق الاقباض أن يقبض الزوج بالبراجم انتهى .

والأداء والدفع والتسليم ، كالإقباض .

فرع : قال : إن أعطيتني ألفاً ، فأنت طالق ، فأعطت ألفين ، طلقت ، لأن وقوع الطلاق هنا بحكم التعليق ، وإعطاء الألفين يشتمل على إعطاء الألف ، وكذا لو قال : إن ضمنت لي ألفاً فضمنت ألفين ، ويلغو ضمان الزيادة على ألف . وإذا قبض زيادة على القدر المعلق به ، كانت أمانة عنده ، ويخالف هذا قوله : خالعتك بألف فقالت : قبلت بألفين ، فإنها لا تطلق لعدم موافقة الإيجاب .

السادسة : في بيان ما ينزل عليه الدرهم . إذا علق الطلاق بإعطائه ، وما يقبل تفسيره ، وقد سبق في « الزكاة والإقرار » قدر الدرهم الإسلامي ، واسم الدرهم هنا يقع على ذلك القدر من الفضة الخالصة المضروبة ، سواء كان نوعه جيداً ، أو رديئاً ، لسواد أو خشونة أو غيرهما . فإذا قال : إن أعطيتني ألف درهم ، فأنت طالق ، طلقت بأي نوع أعطته . لكن إذا كان في البلد نقد غالب ، فأتت بغيره ، طولبت به ، لأن المعاملات تنزل على النقد الغالب ، والخلع فيما يتعلق بالمال كسائر المعاملات . وفي قول : يرجع بمهر المثل ، والمشهور الأول . فإن قلنا بالرجوع إلى مهر المثل ، فالمعطى غير مملوك ، وإن قلنا بالرجوع إلى الغالب ، فالمعطى مملوك للزوج ، وله رده والمطالبة بالغالب . وذكر في « الوسيط » : أنه لا يملكه ويجب الإبدال ، والصحيح الأول . ثم العادة الغالبة ، إنما تؤثر في المعاملات ، لكثرة وقوعها ورغبة الناس فيما يروج هناك ، ولا تؤثر في الإقرار والتعليق ، بل يبقى اللفظ على عمومه فيهما . أما في التعليق ، فلقلة وقوعه وأما في الإقرار ، فلأنه إخبار عن وجوب سابق ، وربما تقدم الوجوب على الضرب الغالب ، أو وجوب في بقعة أخرى . ولو قال : طلقتك على ألف ، فهذا ليس بتعليق ، فينزل على الغالب على قاعدة المعاملات .

فرع : لو كان الغالب في البلد دراهم عادية ناقصة الوزن أو زائدته ، لم ينزل الإقرار والتعليق عليها ، لأن الغلبة لا تؤثر فيهما ، واللفظ صريح في الوازنة ، وفي تنزيل البيع والمعاملات عليها وجهان . أحدهما : المنع ، لأن اللفظ صريح في القدر المذكور ، والعرف لا يغير المسمى وإن كان يخص بعض الأنواع . وأصحهما : التنزيل عليهما ، لأنها التي تقصد في مثل هذه البلدة . وفي قبول تفسير

المقر بالناقص خلاف وتفصيل سبق في الإقرار . ولو فسر المعلق بالدراهم المعتادة ، فإن كانت زائدة ، قبل على المذهب ، وإن كانت ناقصة ، قبل قطعاً ، لأنه توسيع لباب الطلاق .

فرع : لو أتت بدراهم مغشوشة ، فإن كان الغالب في البلد المغشوشة ، فقد أطلق الغزالي أنه لا ينزل اللفظ عليها ، فلا يقع الطلاق إلا إذا أعطته الخالصة ، لكن تسترد ما أعطته وتعطيه مغشوشة . ومن قال بهذا قال : التفسير بالمغشوشة كالتفسير بالناقصة . فإن قلنا : التفسير بهما ، فهل تراجعه ليعبر عن مقصوده ، أم تأخذ بالظاهر إلا أن يفسر ؟ فيه احتمالان في « البسيط » .

قلت : أفقههما : الثاني . والله أعلم .

وقطع المتولي والبغوي ، بأن اللفظ ينزل على المغشوشة ، ويقع الطلاق إذا أعطت مغشوشة ، وهل تسلم له الدراهم بذلك ؟ قال المتولي : يبنى على جواز المعاملة بالمغشوشة . إن لم نجوزها ، رد الدراهم ولزمها مهر المثل ، وإلا سلمت له الدراهم ، ويشبه أن يكون ما ذكره الغزالي أصح . أما إذا كان الغالب في البلد الدراهم الخالصة ، فلا تطلق إلا إذا أعطت ما تبلغ نقرته ألفاً . وفي وجه لا يقع الطلاق وإن بلغته ، كما لو أعطته سبيكة . فإن قلنا بالصحيح وهو الوقوع ، فهل يملك الزوج المدفوع إليه ؟ وجهان . أحدهما : لا ، لأن المعاملة تنزل على الغالب . والثاني : نعم ، لأن قبضها اعتبر في وقوع الطلاق ، [فكذا][1] في إفادة الملك ، لكن له الرد بسبب العيب . فإذا رد ، رجع إلى مهر المثل على الأظهر ، وإلى ألف خالصة في قول .

ولك أن تقول : ينبغي أن لا يملك الغش نفسه في هذه الصورة ، لأنه إذا بلغت الفضة الخالصة ألفاً ، بقي الغش شيئاً آخر مضموماً ، فلا يملكه كما لو ضمت إلى الألف ثوباً .

قلت : ظاهر كلام القائل بالملك ، أنه لا ينظر إلى الغش لحقارته في جنب الفضة ، ويكون تابعاً كما سبق في مسألة نعل الدابة . والله أعلم .

---

(١) في « ط » وكذا .

وأما المعاملة بالدراهم المغشوشة ، فذكرناها في كتابي الزكاة والبيع ، والأصح الجواز .

السابعة : قال : إن أعطيتني عبداً أو ثوباً فأنت طالق ، ووصفه بما يعتبر في السلم ، فأتت به بالصفة ، طلقت ، وملكه الزوج كما قلنا في الدراهم ، وإن أعطته على غير تلك الصفة ، لم تطلق ولا يملكه . فلو كان بالصفة لكنه معيب ، فله الخيار . فإن رده ، رجع بمهر المثل على الأظهر ، وبقيمته سليماً في قول ، وليس له المطالبة بسليم بالصفة ، وفي كتاب الحناطي وجه أنه لا يرد العبد ، بل يأخذ أرش العيب وهو ضعيف . أما إذا قال : إن أعطيتني عبداً ولم يصف ، فأعطته عبداً لها ، طلقت لوجود الصفة ولا يملكه ، لأن الملك فيه يكون معاوضة ، والمجهول لا يكون عوضاً ، فيجب مهر المثل قطعاً . وحكى ابن كج والحناطي وجهاً ، أنه يقع الطلاق رجعياً ، ولا شيء عليها ، وإنما يلزمها العوض إذا ابتدأت فسألت طلاقاً بعوض ، فقال في جوابها : إن أعطيتني عبداً فأنت طالق فأعطت ، والصحيح الأول ، وسواء إن أعطت سليماً أو معيباً ، أو قناً أو مدبراً أو معلقاً عتقه على صفة ، لوقوع اسم العبد عليه ، وإمكان نقله وتمليكه . فإن أعطته مكاتباً ، لم تطلق . وكذا لو قال لأجنبي : إن أعطيتني أمة ، فامرأتي طالق ، فأعطاه أم ولده . وأشير في المكاتب إلى وجه . ولو وصف العبد ولم يستوعب صفاته ، فهو كعدم الوصف في أن الرجوع إلى مهر المثل ، لكن لو أعطته عبداً بغير الصفة ، لم تطلق مثل أن يقول : إن أعطيتني عبداً تركياً ، فأعطته هندياً . ولو أتت بعبد مغصوب ، أو مشترك لها ولغيرها ، أو قال : إن أعطيتني ألف درهم ، فأتت بدراهم مغصوبة ، فوجهان . أحدهما : يقع الطلاق ويرجع بمهر المثل . وأصحهما : لا يقع لأنه لا يسمى إعطاءً ، وطرد الخلاف في العبد المرهون والمستأجر .

قلت : يجري الخلاف في المستأجر إذا لم يجوز بيعه ، وإلا فهو كغيره . والله أعلم .

ولو قال : إن أعطيتني هذا العبد المغصوب فأعطته ، وقع الطلاق بائناً على المذهب ، ويرجع بمهر المثل . وقيل : لا يقع ، وقيل : يقع رجعياً . ولو قال : إن أعطيتني زق خمر أو خنزيراً ، فأنت طالق ، فقد سبق أنها إذا أتت به ، بانت ووجب

مهر المثل . فإن أتت بخمر مغصوبة ، بأن كانت محترمة أو لذمي ، فإن قلنا في العبد المغصوب : يقع الطلاق ، فهنا أولى ، وإلا فوجهان . أصحهما : الوقوع ، لأن الإعطاء هنا مضاف إلى ما يتأتى تملكه . والثاني ، المنع ويحمل على ما يختص به يداً ، كما حمل لفظ العبد على ما اختصت به ملكاً . ولو قال : إن أعطيتني هذا الحر ، فثلاثة أوجه . أصحها : يقع الطلاق بائناً بمهر المثل . والثاني : لا يقع . والثالث : يقع رجعياً ، لأنه لا يملك بحال ، فالزوج لم يطمع بشيء . ولو قال : إن أعطيتني هذا العبد أو الثوب فأنت طالق ، فأعطته ، طلقت وملكه ، فإن خرج مستحقاً أو مكاتباً ، فوجهان . أحدهما : لا يقع الطلاق . وأصحهما : وقوعه للإشارة، ويرجع بمهر المثل على الأظهر، وبقيمته في قول. وإن وجده معيباً، فله رده ، وفيما يرجع به القولان . أظهرهما : مهر المثل . والثاني : قيمته سليماً . وقيل : ليس له الرد بل يرجع بالأرش ، والصحيح الأول . قال البغوي : ولو قال لزوجته الأمة : إن أعطيتني ثوباً فأنت طالق ، فأعطته ، لم تطلق لأنها لا[1] تملكه[2] فإن قال : هذا الثوب فأعطته طلقت ، وفيما يرجع به القولان . وهذا تفريع منه على المذهب في الثوب المطلق والمعين ، ولا يخفى مما تقدم أن الإعطاء في جميع صور المسألة ينبغي أن يقع في المجلس .

الثامنة : قال : إن أعطيتني هذا الثوب وهو هروي ، فأنت طالق ، فأعطته وبان مروياً ، لم تطلق . وإن قال : إن أعطيتني هذا الثوب الهروي فبان مروياً أو بالعكس ، طلقت على الأصح ، لأنها ليست صيغة شرط بل أخطأ في الوصف . ولو خالعها على ثوب هروي ووصفه كما ينبغي ، فأعطته ثوباً بالصفة ، فبان مروياً ، رده وطالبها بهروي بالصفة . ولو خالعها على ثوب بعينه على أنه هروي فبان مروياً ، وقعت البينونة وملكه الزوج ، وإخلاف الصفة كعيب ، فله خيار الخلف . وقيل : إن لم تنقص قيمته عن الهروي ، فلا خيار لأن الجنس واحد ولا نقص ، والصحيح الأول . فإن رد ، رجع بمهر المثل على الأظهر ، وبقيمة هروي في الثانية . فإن وجد به عيباً بعد تلفه أو تعيبه في يده وتعذر الرد ، رجع بقدر النقص من مهر المثل على

(١) في « ط » لم يملكه .

(٢) تقدم في كلام الشيخ عن المتولي عكس ذلك وقرر به .

الأظهر ، وبقدر ما نقص من القيمة في الثاني ، وليس له هنا طلب هروي لأنه معين هنا بالعقد .

قال أبو الفرج السرخسي : وهذا على قولنا : إن اختلاف الصفة ليس كاختلاف العين وهو الأظهر ، كما سبق في النكاح . فإن قلنا : هو كاختلاف العين ، فالعوض فاسد فليس له إمساكه ، ويرجع بمهر المثل على الأظهر ، أو قيمة الثوب مروياً على قول . ولو خالعها على ثوب معين ، على أنه كتان فخرج قطناً أو بالعكس ، فوجهان . أحدهما وبه قطع البغوي : أنه كاختلاف الصفة ، فيكون حكمه ما سبق في خروجه مروياً . وأصحهما وبه قطع الشيخ أبو حامد وسائر العراقيين : أن العوض فاسد وتقع البينونة بمهر المثل على الأظهر ، وبقيمة ثوب كتان في قول ، وليس له إمساكه ، وهؤلاء قالوا : لو باعه على أنه كتان فبان قطناً ، بطل البيع .

ولو قالت : خالعني على هذا الثوب فإنه هروي ، فخالعها عليه فبان مروياً ، فهو كما لو قال : خالعتك عليه على أنه هروي ، لأنها غرته . قال المتولي : لو قالت : هذا الثوب هروي فقال : إن أعطيتني هذا الثوب فأنت طالق ، فأعطته فبان مروياً ، بني على المتواطىء عليه قبل العقد ، كالمشروط فيه أم لا ؟ إن قلنا ، نعم ، لم يقع الطلاق ، وإلا وقع ، وليس له إلا ذلك الثوب .

ولو قال : خالعتك على هذا الثوب وهو هروي فبان خلافه ، فلا رد لأنه لا تغرير من جهتها ، ولا اشتراط منه ، وكذا لو قال : خالعتك على هذا الثوب الهروي ، [كذا][1] ذكره البغوي . فإن قيل : قوله : وهو هروي أفاد الاشتراط في قوله : إن أعطيتني هذا الثوب وهو هروي ، حتى لم يقع الطلاق إذا لم يكن هروياً ، فلم لم يفد الاشتراط في قوله : خالعتك على هذا الثوب وهو هروي ، حتى يتمكن من الرد إذا لم يكن هروياً ، كما لو قال : خالعتك عليه على أنه هروي ؟ فالجواب أن قوله : وهو هروي دخل هناك على كلام غير مستقل ، لأن قوله : إن أعطيتني هذا الثوب غير مستقل ، فيتقيد بما دخل عليه وتمامه بالفراغ من قوله : فأنت طالق .

وأما قوله : خالعتك على هذا الثوب ، فكلام مستقل ، فجعل قوله بعده : وهو

(١) سقط في الأصل والمثبت من « ط » .

هروي جملة مستقلة ، ولم يتقيد بها الأول ، وبالله التوفيق .

الباب الرابع
في سؤال المرأة الطلاق بمال ، واختلاع الأجنبي

فيه أطراف .

الأول : في ألفاظها وفيه مسائل .

الأولى : إذا قالت : طلقني بكذا ، أو على كذا ، أو على أن علي كذا ، أو على أن أعطيك كذا ، أو أن أضمن لك ، أو إن طلقتني ، أو إذا طلقتني ، أو متى طلقتني ، فلك علي كذا ، فهذه كلها صيغ صحيحة في الالتزام ، ويختص الجواب في المجلس بلا خلاف ، في « متى » وغيرها ، بخلاف قول الرجل : متى أعطيتني ، وقد سبق الفرق .

الثانية : قالت : إن طلقتني فابرأ من صداقي ، أو فقد أبرأتك ، فقال : طلقتك ، وقع الطلاق رجعياً ولم يبرأ من الصداق ، لأن الابراء لا يصح تعليقه ، وطلاق الزوج طمعاً في البراءة من غير لفظ ، صحيح في الالتزام لا يوجب عوضاً ، وهذا تفريع على الجديد الأظهر أن تعليق الإبراء لا يصح ، وكان لا يبعد أن يقال : طلق طمعاً في عوض ، ورغبت هي في الطلاق بالبراءة فيكون فاسداً كالخمر[1] .

---

(١) قال في المهمات : ما بحثه منقول صرح به الخوارزمي في الكافي فنقل في المسألة وجهين بل جزم به الرافعي في آخر الباب الخامس من الخلع نقلاً عن القاضي الحسين . وقال الشيخ البلقيني : الذي أقوله ان الزوج إن كان جاهلاً بحيث يظن الصحة فالأمر كما قال القاضي ، وإن كان عالماً ببطلان تعليق البراءة فطلاقه يظهر أنه لم يطمع به في مال ولا شيء له ويقع الطلاق رجعياً ولذلك أنظار في الباب .
وقال الشيخ البلقيني أيضاً : الموجود في شرح الرافعي قالت : إن طلقتني فأنت بريء من صداقي وهو منافي هذه النسخة من الروضة فإبراء من صداقي فينظر ذلك .
قال في الخادم : من أعيان المسائل المهمة أن يكون الالتماس من جهة الزوج كما إذا قال إن أبرأتني من صداقك فأنت طالق فأبرأته وهما يعلمان ولم يتعرض الرافعي لها في هذا الباب ، وإنما ذكرها في أواخر التعليقات من الطلاق فقال : وفي فتاويه أنه يقع رجعياً وأن القاضي قال في تعليقه أنه يقع بائناً .
قال ـ أعني صاحب الخادم : وهذا كله إذا كانت تعلم الصداق وهي جائزة التصرف في أمرها أما إذا كانا يجهلان مقدار الصداق فظن كثير من الناس أنها إذا أبرأته تطلق ويرجع إلى مهر المثل لأنه خلع بمجهول وهنا غلط لأن المجاهيل التي يرجع فيها إلى البدل هي إذا عقد الخلع بها أما إذا وقع في التعليق كما إذا قال إن أبرأتني من كذا وهو مجهول لم يقع الطلاق تغليباً لشائبة التعليق فلم توجد الصفة فلا يقع =

الثالثة : قالت : طلقني ولك علي ألف ، فقال طلقتك ، بانت ولزمها الألف ، لأنها صيغة التزام . وقيل : لا يثبت العوض ، بل إن اقتصر على قوله : طلقتك ، وقع رجعياً ، وإن قال : طلقتك على ألف ، احتاج إلى قبولها ، والصحيح الأول . قال المتولي . ويقرب من هذا قولها : طلقني وأضمن لك ألفاً .

ولو قالت : وأعطيك ألفاً ، فالأصحّ أنه إذا طلقها مطلقاً ، وقع رجعياً ، لأن لفظ الضمان يشعر بالالتزام ، بخلاف الإعطاء ولم يطردوا الوجه المذكور هنا في الجعالة ، بل لو قال : رد عبدي ولك علي كذا ، فرده ، لزم المال بلا خلاف ، ولو قال المشتري : بعني هذا ولك علي كذا ، فقال : بعت ، فوجهان : أحدهما : ينعقد كالاختلاع والجعالة ، وهذا هو المذكور في فتاوى القفال ، والثاني : لا ، لأنه يحتمل فيها ما لا يحتمل في البيع ، كالتعليق ، وفيما علق عن الإمام ، أن هذا أصح . ويشبه أن يكون الوجهان في أنه هل هو صريح ؟ فأما كونه كناية ، فينبغي أن يكون متفقاً عليه .

الرابعة : قالت : طلقني على ألف ، أو أتت بصيغة أخرى صريحة[1] في الالتزام ، فإن أجابها وأعاد ذكر المال ، فذاك ، وإن اقتصر على قوله : طلقتك ، كفى وانصرف إلى السؤال على الصحيح ، وقيل : يقع الطلاق رجعياً ولا مال .

ولو قال : قصدت الابتداء دون الجواب ، قبل وكان رجعياً ، فإن اتهمته ، حلفته .

الخامسة : اللفظ الدائر بين الزوجين ، إن كان صريحاً منهما ، فذاك ، وإن كان لفظهما كناية ، بأن قالت : أبني ، قال : أبنتك ، فإن نويا الطلاق ، نفذ ولزم المال إن ذكرا مالاً . وإن لم ينو الزوج ، فلا فرقة ، وإن نوى دونها ، نظر ، إن جرى ذكر المال في السؤال والجواب ، لم يقع الطلاق ، لأنه ربط الطلاق بالمال وهي لم

= طلاق ، وهذه قاعدة عظيمة التعليقات وإنما خرجوا عنه في مسألة واحدة وهي ما لو قال إن أعطيتني عبداً فأنت طالق فتطلق بأي عبد دفعته فأجروه مجرى العقود مع أنه تعليق .

ثم قال بعد ذلك : وفي الكافي لو قال إن أبرأتني عن الصداق ونفقة العدة فأنت طالق فأبرأته عنهما قال القفال : لا يقع شيء لأنه علق الطلاق بصفتين جائزاً عن الصداق وعن نفقة العدة وهي غير واجبة فلا يصح الابراء عنها ، ومتى فاتت إحدى الصفتين لا يقع شيء .

وهذا الفرع الأخير ذكره الأذرعي في القوت نقلاً عن القفال ، ونقله غيره عن القاضي حسين .

تسأل الفراق ، ولم تلتزم المال في مقابلته ، وإن لم يجر ذكر المال في الطرفين وقع طلاق رجعي ، وإن ذكر هو المال دونها ، فلا طلاق ، لأنها لم تسأل فرقة ، وهو إنشاء فرقة على مال ، ولم يتصل به قبول . وإن ذكرت هي المال ، فقالت : أبني على ألف ، فقال : ابنتك ، فلا طلاق على الأصح ، كما لو ذكر المال . وقيل : يقع كما لو قال : قصدت الابتداء دون الجواب ، فإنه يقع رجعياً قطعاً .

أما إذا كان لفظ أحدهما صريحاً والآخر كناية ، فالكناية مع النية كالصريح ، ودون النية لغو . وعن ابن خيران ، أنها لو قالت : طلقني فقال : أبنتك ونوى ، لم يقع ، لأن الصريح أقوى ، فالمأتي به غير المسؤول ، والصحيح الأول .

الطرف الثاني : في سؤالها عدداً ، فيه مسائل .

إحداها : قالت : طلقني ثلاثاً بألف ، أو على ألف ، أو ولك عليَّ ألف ، أو إن طلقتني ثلاثاً ، فلك علي ألف ، فطلقها واحدة ، ففيه أربعة أوجه . الصحيح أنه يقع طلقة بثلث الألف ، والثاني : لا يقع طلاق . والثالث : يقع طلقة بمهر المثل ، والرابع : طلقة بثلث مهر المثل . حكى الحناطي الأخيرين . فعلى الصحيح لو طلقها طلقتين ، استحق ثلثي الألف . وإن طلق طلقة ونصفاً ، فهل يستحق ثلثي الألف ، أم نصفه ؟ وجهان .

قلت : الثاني أرجح . والله أعلم .

ولو قالت : طلقني ثلاثاً بألف وهو لا يملك إلا طلقة ، فطلقها تلك الطلقة ، فقد نص الشافعي رحمه الله أنه يستحق جميع الألف ، لأنه حصل بتلك الطلقة مقصود الثلاث وهو البينونة الكبرى .

وللأصحاب أوجه . أصحها عند القفال والشيخ أبي علي وكبار الأصحاب وأكثرهم : وجوب جميع الألف ، كما نص عليه ، سواء علمت أنه لم يبق إلا طلقة أم ظنت بقاء الثلاث ، والثاني : لا يستحق إلا ثلث الألف في الحالين وهو قول المزني وابن خيران ، والثالث : إن علمت استحق الألف ، وإلا فثلثه ، قاله ابن سريج وأبو إسحاق . والرابع : يستحق مهر المثل ، قاله صاحب « التلخيص » . والخامس : لا يستحق شيئاً ، لأنه لم يطلق كما سألت ، حكاهما الحناطي .

ولو سألت الثلاث بألف ولا يملك إلا طلقتين ، فطلقها واحدة ، فله ثلث الألف على الأصح المنصوص ، وكذا على الثاني ، وله النصف على الثالث إن علمت ، وإلا فالثلث .

وإن طلقها الطلقتين ، فعلى النص له الألف ، وعلى الثاني ثلثاه ، وعلى الثالث إن علمت ، فالألف ، وإلا فثلثاه ، وزاد الحناطي وجهاً رابعاً ، وهو الرجوع بمهر المثل ، وخامساً : وهو ثلثا مهر المثل ، وسادساً : وهو أنه لا شيء له . ولو قالت : طلقني عشراً بألف ، فإن كان يملك الثلاث ، فالأصح الأشهر الجاري على قياس النص ، أنه يستحق بالواحدة عشر الألف ، وبالثنتين عشريه ، وبالثلاث جميع الألف . وقيل : إن كان التوزيع على الثلاث والزيادة لغو ، فيستحق بالواحدة الثلث ، وبالطلقتين الثلثين ، وطرد الوجهان على قياس قول المزني . فعلى الأشهر تستحق بالثلاث ثلاثة أعشار الألف . وعلى الثاني تستحق الجميع توزيعاً على العدد الشرعي . وعلى قول من فرق بين العلم والجهل ، تستحق بالثلاث الجميع ، وبالواحدة الثلث ، وبالثنتين الثلثين ، لحصول العلم بأن الطلاق لا يزيد على ثلاث وأن الزيادة لغو . فإن ظنت أنه يملك عشراً ، بأن كانت قريبة عهد بالإسلام ، فالقياس عود الوجهين في أنه يجب ثلاثة أعشار الألف أم الجميع ؟ ولو لم يملك إلا طلقتين فسألته عشراً ، فعلى قياس النص ، إن طلقها واحدة ، استحق عشر الألف أو الثلث . وإن طلق ثنتين ، فتمام الألف . وعلى قياس المزني ، المستحق العشر أو العشران على الأشهر ، والثلث أو الثلثان على الوجه الآخر . وعلى قول الفارق إن علمت ، فله بالواحدة النصف ، وبالثنتين الجميع . وإن ظنت أنه يملك الثلاث ، فبالواحدة الثلث ، وبالثنتين الثلثان . قال الأصحاب : والضابط على النص ، أن الزوج إن ملك العدد المسؤول كله فأجابها ، فله المسمى ، وإن أجابها ببعضه ، فله قسطه بالتوزيع . وإن ملك بعض المسؤول ، فإن تلفظ بالمسؤول أو حصل مقصودها بما أوقع ، فله المسمى ، وإلا فيوزع المسمى على العدد المسؤول على الأشهر . وعلى قول المزني ، التوزيع على المسؤول أبداً ، وكذا الحكم على الوجه الفارق إن جهلت . فإن علمت ، فالتوزيع على المملوك دون المسؤول ، فلو ملك الثلاث فسألته ستاً بألف ، فعلى النص وقول المزني : له بالواحدة السدس ، وبالثنتين الثلث . فإن طلق ثلاثاً ، فعلى النص : له الجميع ، وعند المزني : له النصف وعلى

الوجه : له بالواحدة الثلث ، وبالثنتين الثلثان ، وبالثلاث الجميع .

المسألة الثانية : قالت : طلقني ثلاثاً بألف وهو يملك الثلاث فقال : أنت طالق واحدة بألف وثنتين مجاناً ، فنقل الفوراني والصيدلاني والقاضي حسين وغيرهم ، أن الأولى تقع بثلث الألف ، لأنها لم ترض بواحدة إلا بثلث الألف كالجعالة ، ولا يقع الأخريان لأنها بانت بالأولى . وقال الإمام : القياس الحق ، أن لا تجعل كلامه جواباً لها ، لأنها سألت كل واحدة بثلث الألف وهو لم يرض إلا بالألف ، وإذا لم يوافق كلامه سؤالها ، كان مبتدئاً ، فإذا لم تقبل ، لا تقع الطلقة ، كما لو قالت : طلقني واحدة بثلث ألف ، فقال : طلقتك واحدة بألف ، لا يقع . وإذا لم تقع الواحدة ، وقع الأخريان رجعتين ، وتابعه الغزالي وغيره على ما قال ، وهو حسن متجه ، والأول بعيد ، وأبعد منه ما في « التهذيب » ، أنه تقع الواحدة بالألف ، ولا تقع الأخريان ، ولعله غلط من الناسخ . ولو سألته الثلاث بألف ، فقال : طلقتك واحدة بثلث الألف ، وثنتين مجاناً ، فقد وافق كلامه ما اقتضاه السؤال من التوزيع ، وزال الإشكال ، فتبين بالأولى ، ولا تقع الأخريان ، ونقل الأئمة : إن أمكن تأويله على هذه الصورة فليفعل . ولو قال : طلقتك ثنتين بألف وواحدة مجاناً ، فعلى الأولى : تقع الثنتان بثلثي الألف ، وعلى الثاني : لا يقعان . ولو قال : طلقتك واحدة مجاناً وثنتين بثلثي الألف ، أو ثنتين مجاناً وواحدة بثلث الألف ، وقع ما أوقعه مجاناً ، ويبنى ما بعده على مخالفة الرجعية إن كانت مدخولاً بها ، والجديد صحته . فعلى هذا : تقع الثنتان بثلثي الألف ، وعلى القديم : يقعان بلا عوض لما سبق أن خلع الرجعية على هذا كالسفيهة ، وإن لم تكن مدخولاً بها بانت لما أوقعه مجاناً ، فلا يقع ما بعده .

ولو قال : طلقتك واحدة مجاناً وثنتين بالألف ، ففي « التهذيب » أنه إن كان بعد الدخول ، وقعت الأولى مجاناً والثنتان بثلثي الألف ، ولا يستحق تمام الألف وإن حصل غرضها ، لأن ذلك إنما يكون إذا وقع المملوك من الطلاق في مقابلة المال ، وهنا أوقع بعض المملوك مجاناً .

واعلم أن الإشكال الذي ذكره الإمام يعود هنا ، لأنها لم ترض بالطلقتين إلا بثلثي الألف وقد أوقعهما بألف ، فوجب أن يجعل كلاماً مبتدأ . فأما إذا لم يتصل به

قبول ، لغا . وفي « التهذيب » أيضاً أنه لو قال : طلقتك ثلاثاً ، واحدة بألف ، وقع الثلاث واستحق ثلث الألف ، ويعود فيه الإشكال .

المسألة الثالثة : قالت : طلقني واحدة بألف ، فقال : أنت طالق ثلاثاً ، وقع الثلاث واستحق الألف . وهل الألف في مقابلة الثلاث أم الواحدة ؟ وجهان . ظاهر النص : ثانيهما ، ولا يتعلق بالخلاف فائدة حكمية[1] .

ولو قال : بعني هذا العبد بألف ، فقال : بعتكه مع هذين العبدين بألف ، فالبيع باطل على الصحيح ، لأنه معاوضة محضة بخلاف الخلع ، فإنه كالجعالة . وقيل : يصح البيع في الجميع ، وقيل : يصح في العبد المسؤول خاصة . ولو أعاد في الجواب ذكر الألف . فقال : طلقتك ثلاثاً بألف ، فهل يقع الثلاث بألف ، أم الثلاث بثلث الألف ، أم واحدة بثلث الألف ولا يقع الأخريان ، أم لا يقع شيء أصلاً ؟ فيه أربعة أوجه . أصحها : الأول .

وينبغي أن تطرد هذه الأوجه فيما إذا لم يعد ذكر الألف . ولو قالت : طلقني

---

(١) قال في المهمات : بل له فوائد :
منها : إذا وكل وكيلاً في أن يطلق زوجته طلقتين مجاناً وواحدة بما شاء من العوض فسألته طلقة على ألف فأوقع ثلاثاً ، فإن جعلنا الألف في مقابلة الواحدة وقعت الثلاث لأنه طلق على وفق الاذن . وإن جعلناها في مقابلة الثلاث وهو ظاهر النص فقد خص كل طلقة ثلث الألف وهو ممنوع من إيقاع طلقتين بعوض فلا يقعان . وأما الثالثة المأذون فيها بعوض فهي قد سألتها بألف ، وأجابها بثلثها ، والأصح فيه وقوع الطلاق وأنه يستحق المسمى بخلاف البيع فإن الصحيح فيه البطلان .
ومنها : لو أذنت لشخص في وفاء ما يخص الطلقة الموله أو ضمن ضامن ذلك عن المرأة أو أبرأ الزوج زوجته عنه قال الشيخ البلقيني رحمه الله : من آخر كلامهما في المسألة تؤخذ الفائدة وذلك انا إذا قلنا أن الألف في مقابلة الواحدة فإذا صرح بما يخالف هذا بأن قال أنت طالق ثلاثاً بألف فقد ظهرت المخالفة لكلام الزوجة والمقتضى الاطلاق فتجيء الأوجه المذكورة ، وإن قلنا : في مقابلة الثلاث بالتقدير فقد صرح بمقتضى الإطلاق في الصورة المجزوم بوقوع الطلاق فيها فيقع الثلاث بألف جزماً في صورة إعادة الألف في الجواب بالثلاث .
ويمكن أن نذكر فائدة أخرى وهو أن الاستحقاق للجميع هل هو مقابل للبينونة الكبرى أو لما ذكر ويظهر من ذلك العكس وهو ما لو طلبت ثلاثاً بألف فإن استحق الجميع وهو المنصوص وإن قلنا إن الجميع إنما هو مقابل لما ذكرت فلا يستحق إلا الثلث وهو رأي المزني .
فإن قلت : فظاهر النص هنا يخالف المنصوص هناك .
قلت : لا يلزم من البناء وظهور الفائدة الاتفاق في الترجيح .

واحدة بألف ، فقال : أنت طالق طلقتين ، فقياس ما تقدم أنه تقع الطلقتان ويستحق الألف ، وفيه احتمال للإمام ، إذ لم تحصل البينونة الكبرى ، فلا يستحق شيئاً لأنه خالف ولم تحصل البينونة الكبرى .

الرابعة : قالت : طلقني بألف ، فقال : طلقتك ، أو أنت طالق بخمسمائة ، فهل يقع الطلاق بخمسمائة أم بألف ويلغى قوله : بخمسمائة لأنها بانت بقوله : طلقتك واستحق الألف ، أم لا يقع طلاق للمخالفة كما لو خالفت في قبولها ؟ فيه ثلاثة أوجه . أصحها : الأول ، وبه قال ابن الحداد . ولو قال : بعني عبدك بألف ، فقال : بعتك بخمسمائة ، لم ينعقد البيع على الأصح ، لأنه معاوضة محضة . وقيل : يصح بخمسمائة .

الخامسة : قالت : طلقني على كذا درهماً ، فطلقها على دنانير ، كان مبتدئاً بكلامه ، فينظر ، أيتصل به قبول أم لا ؟

ولو قالت : طلقني واحدة بألف ، فقال : أنت طالق وطالق وطالق ، سئل ، فإن قال : أردت مقابلة الأولى بالألف ، وقعت الأولى بالألف ولم تقع الأخريان . وإن قال : أردت الثانية بالألف ، وقعت الأولى رجعية ، ويجيء في الثانية القولان في خلع الرجعية ، فإن صححناه ، لغت الثالثة ، وإلا ، فلا . وإن قال : أردت الثالثة ، وقعت الأوليان بلا عوض ، وفي الثالثة الخلاف . وإن قال : أردت مقابلة الجميع بالألف ، وقعت الأولى بثلث الألف ، ولغت الأخريان ، وإن لم يكن له نية ، قال البغوي : بانت الأولى بالألف ، لأنه جواب لقولها ، ولغت الأخريان . وذكر صاحب « المهذب » مثل هذا التفصيل فيما إذا ابتدأ فقال : أنت طالق وطالق وطالق بألف ، وليشترط فيه مطابقة القبول للإيجاب . ولو قال في جوابها : أنت طالق طالق طالق[1] واحدة بألف ، انقطع احتمال مقابلة الجميع بالألف ، والباقي كما ذكرناه .

هذا إذا كانت مدخولاً بها ، فإذا لم تكن ، وأراد مقابلة غير الأولى بالألف ، بانت الأولى ، ولغا ما بعدها . ولو قالت له وهو لا يملك إلا طلقة : طلقني طلقتين بألف ، فقال : طلقتك طلقتين ، الأولى منهما بألف ، والثانية مجاناً ، استحق

---

(١) في الأصل : أنت طالق وطالق وطالق والمثبت من « ط » .

الألف . وإن قال : الثانية منهما بألف ، وقعت الأولى بلا عوض ولغت الثانية . وإن قال : إحداهما بألف ، أو اقتصر على قوله : طلقتك طلقتين ، سئل ، فإن قال : أردت الأولى والثانية ، فعلى ما ذكرنا ، وإن قال : لم أنو شيئاً ، ففي استحقاقه المال وجهان ، أصحهما : نعم لمطابقة الجواب السؤال .

ولو أعاد ذكر المال ، فقال : طلقتك طلقتين بألف ، فهل يستحق خمسمائة عملاً بالتوزيع ، أم ألفاً لحصول البينونة الكبرى ؟ وجهان . أصحهما : الثاني ، وبه قال أبو زيد .

فرع : لو لم يملك إلا طلقة ، فقالت : طلقني ثلاثاً بألف طلقة ، أحرم بها في الحال ، وطلقتين يقعان علي إذا نكحتني بعد زوج ، أو تكونان في ذمتك تنجزهما حينئذ ، فطلقها ثلاثاً ، وقعت الواحدة ، ولغا كلامهما في الآخرتين .

ثم النص في « المختصر » : أن للزوج مهر المثل ، وللأصحاب طريقان . أحدهما : هذا ، وأصحهما على قولي تفريق الصفقة للجمع بين مملوك وغيره ، فإن أبطلنا ، فله مهر المثل ، وإن صححنا ، فلها الخيار في العوض لتبعيض مقصودها ، فإن فسخت ، فله مهر المثل ، وإن أجازت ، فهل يجيز بكل الألف ، أم بثلثه عملاً بالتقسيط ؟ قولان كالبيع ، ومنهم من قطع هنا بالتقسيط ، لأن المشتري بالفسخ يدفع العقد من كل وجه ، والطلاق هنا لا مدفع له ، فيبعد إلزامها بواحدة ما التزمته للثلاث .

السادسة : قالت : طلقني نصف طلقة بألف ، أو طلق نصفي ، أو يدي ، أو رجلي بألف ، فأجابها بذلك ، أو قال ابتداءً : طلقتك نصف طلقة ، أو طلقت نصفك بألف ، فقبلت ، فلا يخفى أن الطلاق يقع مكملاً ، وكذا لو كان ذلك بلفظ الخلع وجعلناه طلاقاً . ثم الواجب في هذه الصور ، مهر المثل على الصحيح لفساد صيغة المعاوضة .

ولهذا لو قال : بعتك هذا نصف بيعة ، أو بعته لنصفك أو ليدك ، لم يصح البيع . وإذا فسدت الصيغة ، تعين مهر المثل ، وإنما يجيء الخلاف في الرجوع إلى مهر المثل وبدل المسمى إذا كان الفساد في المسمى . وحكى الإمام وجهاً واختاره :

أنه يجب المسمى ، لأن الشرع كمل ذلك المبعض فصار كتكميلها .

الطرف الثالث : في تعليقها بزمان وفيه مسائل .

الأولى : قالت : طلقني غداً ولك علي ألف ، أو إن طلقتني غداً فلك علي ألف ، أو قالت : خذ هذا الألف على أن تطلقني غداً فأخذه ، لم يصح ، ولم يلزم الطلاق ، لأنه سلم في الطلاق والطلاق لا يثبت في الذمة .

ثم إن طلقها في الغد أو قبله ، وقع الطلاق بائناً ولزمها المال ، لأنه إن طلق في الغد ، فقد حصل مقصودها . وإن طلق قبله ، فقد زادها كما لو سألت طلقة فطلق ثلاثاً . فلو قال : أردت الابتداء ، صدق بيمينه وله الرجعة ، وفي المال الواجب طريقان . المذهب والمنصوص : مهر المثل . والثاني : قولان . ثانيهما : المسمى . وهل يفرق بين أن يطلقها عالماً ببطلان ما جرى ، وبين تطليقها جاهلاً ببطلانه ؟ قال القاضي حسين والبغوي : يفرق ولا يلزمها شيء إذا طلقها عالماً ، بل يقع رجعياً ، وضعفه الإمام ، واستشهد بالخلع على الخمر وسائر الأعواض الفاسدة ، فإنه لا فرق في ثبوت المال بين العلم والجهل . وإن طلقها بعد مضي الغد ، نفذ رجعياً ، لأنه خالف قولها ، فكان مبتدئاً ، فإن ذكر مالاً ، اشترط في وقوعه القبول .

الثانية : قالت : لك ألف إن طلقتني في هذا الشهر ولم تؤخر تطليقي عنه ، أو قالت : خذ هذا الألف على أن تطلقني في هذا الشهر متى شئت ، فهو باطل وأولى بالبطلان من مسألة الغد ، فإن طلقها بعد الشهر كان مبتدئاً وإن طلقها في الشهر ، وقع الطلاق بائناً . وفي المال الواجب الطريقان . ولا يشترط وقوع الطلاق في المجلس ، وقد ذكرنا في الباب الأول ، وفي الطرف الأول من هذا الباب ، أنها إذا قالت : متى طلقتني فلك ألف يشترط التطليق في المجلس .

وللأصحاب طريقان حكاهما الإمام ، أحدهما : طرد القولين فيهما ، والمذهب ، الفرق ، لأنه كلمة « متى » ظاهر في جواز التأخير ، لكن قرينة العوض خصتها بالمجلس عملاً بقاعدة المعاوضات ، وهنا صرحت بجواز التأخير ، فضعفت القرينة عن مقاومة الصريح على طريقة التسوية : هي اشتراط المجلس وعدمه ، والمسمى صحيح في تلك الصورة بلا خلاف .

الثالثة : قالت : طلقني بألف طلاقاً يمتد تحريمه إلى شهر ، ثم أكون في نكاحك حلالاً لك ، فطلقها كذلك ، وقع الطلاق مؤبداً ، وفي قدر المال الواجب الطريقان ، وطريقة القطع هنا أظهر ، لأن الشرط هنا لا يمكن الوفاء به ، وفساد الشرط يوجب الجهل بالعوض ، فيتعين مهر المثل .

الرابعة : علق طلاقها بصفة وذكر عوضاً فقال : طلقتك إذا جاء غد ، أو رأس الشهر أو دخلت الدار على ألف ، فقبلت ، أو سألته ، فقالت : علق طلاقي برأس الشهر ، أو بدخول الدار على ألف فعلق ، فالصحيح وقوع الطلاق عند وجود المعلق عليه على مقتضى التعليق . وقيل : لا يقع لأن المعاوضة لا تقبل التعليق ، فيمتنع ثبوت المال . وإذا لم يثبت ، لم تطلق لارتباطه ، فإن قلنا بالصحيح ، اشترط القبول على الاتصال ، قال القفال : ويحتمل أنها تخير بين القبول في الحال ، أو عند وجود الصفة ، والمعروف الأول .

ثم الواجب المسمى أم مهر المثل ؟ وجهان . وقيل : قولان ، أصحهما عند الجمهور : الأول .

ويجري الخلاف فيما إذا قالت : إذا جاء رأس الشهر وطلقتني ، فلك ألف فطلقها عند رأس الشهر إجابة لها . وقيل : إن ابتدأ الزوج بالتعليق ، وجب المسمى ، وإن ابتدأت بالسؤال ، فمهر المثل . وإذا أثبتنا المسمى ، فمتى يجب ويلزم تسليمه ؟ فيه أوجه . أصحها : في الحال ، واختاره ابن الصباغ ، لأن الأعواض المطلقة يلزم تسليمها في الحال ، والمعوض تأخر بالتراضي . فإن تعذر تسليم المعوض ، بأن فارقها قبل وجود المعلق عليه ، لزم رد العوض كما لو تعذر تسليم المسلم فيه .

والثاني : يجب في الحال ، لكن لا يلزم تسليمه إلا عند وجود المعلق عليه لتأخر المعوض .

والثالث : لا يجب إلا عند البينونة ، ولا شك انه لا رجوع لها قبل القبول .

فأما إذا قالت : طلقني غداً ولك ألف ، أو إن طلقتني غداً ، فلك ألف ، وهما الصورتان السابقتان في المسألة الأولى ، فلها الرجوع قبل التطليق ، لأن الجواب به

يحصل وما يستحقه الزوج هناك يستحقه عند التطليق .

الطرف الرابع : في اختلاع الأجنبي ، فيه مسائل .

الأولى : يصح الخلع من الزوج مع الأجنبي ، ويلزم الأجنبي المال ، هذا إذا قلنا : الخلع طلاق .

قال الأصحاب : فإن قلنا : هو فسخ ، لم يصح لأن الزوج لا يتفرد به بلا سبب ، ولا يجيء هذا الخلاف إذا سأله الأجنبي الطلاق فأجابه ، لأن الفرقة الحاصلة عند استعمال الطلاق طلاق بلا خلاف .

الثانية : الخلع مع الأجنبي ، فهو مع الزوجة في الألفاظ والأحكام ، وهو من جانب الزوج معاوضة فيها معنى التعليق ، ومن جانب الأجنبي معاوضة فيها ثبوت جعالة . فلو قال الأجنبي : طلقت امرأتي وعليك كذا ، طلقت رجعيا ولا مال ، ولو قال الأجنبي : طلقها وعلي ألف ، أو لك ألف فطلق ، وقع بائناً ولزمه المال . ولو اختلعها عبد ، كان المال في ذمته كما لو اختلعت أمة نفسها .

ولو اختلعها سفيه ، وقع رجعياً كما لو اختلعت سفيهة نفسها .

الثالثة : لو وكلت الزوجة من يخلعها ، فله أن يختلعها استقلالاً وبالوكالة . فإن صرح بالاستقلال ، فذاك ، وإن صرح بالوكالة ، فالزوج يطالب الزوجة بالمال ، وإن لم يصرح ونوى الوكالة ، فالخلع لها لكن تتعلق به العهدة فيطالب ، ثم يرجع عليها . وإن لم يصرح ولا نوى شيئاً أصلاً ، فالخلع لها ، لأن منفعته لها بخلاف نظيره من الوكالة في الشراء . ويجوز أن يوكل الأجنبي الزوجة لتختلع عنه ، وحينئذ تتخير الزوجة بين أن تختلع استقلالاً أو بالوكالة .

وقول الزوجة لأجنبي : سل زوجي تطليقي على ألف ، توكيل ، سواء قالت : علي أم لا . وقول الأجنبي لها : سلي زوجك يطلقك على كذا ، إن لم يقل : علي ، فليس بتوكيل . فلو اختلعت ، فالمال عليها . وإن قال : عليّ ، كان توكيلاً . فإن أضافت إليه أو نوته ، فالمال على الأجنبي . وقول الأجنبي للأجنبي : سل فلاناً يطلق زوجته على ألف ، كقوله للزوجة ، فيفرق بين قوله : علي وعدمه . ولو اختلع الأجنبي ، وأضاف إليها مصرحاً بالوكالة ، ثم بان كذبه ، لم تطلق ، لأنه مربوط بالمال وهو لم يلتزم في نفسه ، فأشبه إذا خاطبها ولم تقبل .

فرع : قال لرجل : بع عبدك لفلان بكذا وعلي ألف ، فباعه ، لم يستحق على القائل شيئاً على الصحيح ، وهو قول الجمهور . قال القاضي أبو الطيب ، وقال الداركي : يحتمل أن يستحق الألف كالتماس الطلاق والعتق . ولو قال : بعه عندك بألف في مالي ، لم يستحق على القائل شيئاً .

الرابعة : أبو الزوجة في اختلاعها كالأجنبي ، فإن اختلع بمال نفسه ، فذاك ، صغيرة كانت أو بالغة ، وإن اختلع بمالها وصرح بالنيابة أو الولاية ، لم يقع الطلاق كما لو بان كذب مدعي الوكالة في الاختلاع . وإن اختلع بمالها مصرحاً بالاستقلال ، فهو كالاختلاع بمغصوب ، فيقع الطلاق بمهر المثل على الأظهر ، وببدل المسمى في قول .

ولو اختلع بعبد أو غيره ، وذكر أنه من مالها ولم يتعرض لنيابة ولا استقلال ، وقع الطلاق رجعياً كمخالعة السفيهة ، صغيرة كانت الزوجة أم كبيرة ، بكراً أم ثيباً .

وكان لو قال للأجنبي : خالعها على عبدها هذا ، أو صداقها ، وذكرا في تشبيهه بالسفيهة أنه أهل للقبول ، لكنه محجور عليه في مالها ، ولكن هذا ينتقض بالمغصوب ، ولهذا خرج القاضي حسين هنا وجهاً أنه يقع الطلاق بائناً ، ويعود القولان في قدر المال الواجب . والمذهب الفرق ، لأن الأجنبي متبرع بما يبذله لا يحصل له فائدة إذا أضاف إلى مالها ، فقد صرح بترك التبرع بخلاف اختلاعها نفسها بمغصوب .

وبنى البغوي على هذا الفرق ، أنه لو قال الأجنبي : طلقها على هذا المغصوب ، أو على هذا الخمر ، أو على عبد زيد هذا ، فطلق ، وقع رجعياً ولا مال ، بخلاف ما إذا التمست المرأة هكذا . ولو اختلع الأب أو الأجنبي بعبدها ولم يذكر أنه من مالها ، فإن لم يعلم الزوج كونه عبدها ، فكالمغصوب ، فيقع بمهر المثل على الأظهر ، وإن علم ، فالأصح أنه كالذي لم يعلم . وقيل : المعلوم كالمذكور فيقع رجعياً ، هذا كله إذا اختلع الأب بغير صداقها ، فإن اختلع به أو على أن الزوج بريء من صداقها ، أو قال : طلقها وأنت بريء من صداقها أو على أنك بريء من صداقها ، فالمنصوص أن يقع الطلاق رجعياً ، ولا يبرأ عن صداقها ، ولا

شيء على الأب . وحكى الإمام وغيره تخريجه على عفو الأب عن صداق الصغيرة ، وإن جوزناه ، صح الخلع ، وإلا فالصحيح وقوعه رجعياً كما نص عليه كاختلاع السفيهة . وقيل : لا يقع الطلاق أصلاً كالوكيل الكاذب . فإذا صححنا عفو الولي ، فشرطه كونه قبل الدخول ، وحينئذ يتشطر المهر فيكون العوض أحد الشطرين .

ولو اختلعا بالبراءة عن صداقها وضمن له الدرك ، فالذي أطلقه الجمهور من العراقيين وغيرهم ، أنه لا يبرأ ويقع الطلاق بائناً ، لأنه التزم المال في نفسه ، فأشبه الاختلاع بمغصوب . فعلى هذا ، هل الواجب عليه مهر المثل أم بدل الصداق ؟ فيه القولان المعروفان . أظهرهما : الأول . وهكذا الحكم فيما إذا قال الأب أو الأجنبي : طلقها على عبدها هذا وعلي ضمانه . فعلى الأظهر : يلزم مهر المثل . وعلى الثاني : قيمة العبد . والذي قدمناه أنه لا يلزمه شيء ، هو فيما إذا لم يتلفظ بالضمان . وحكى الإمام ، أنه لا أثر لهذا الضمان ويقع الطلاق رجعياً كما لو قال : طلقها وأنت بريء من الصداق . ووجهاً أنه إن قال : طلقها وأنا ضامن براءتك ، لغا ووقع رجعياً إذ لا فائدة فيه . وإن قال : وأنا ضامن للصداق ، إن طولبت به أديته عنك ، وقع بائناً لأنه صرح بالمقصود ، إلا أنه التزام فاسد واختار الإمام الغزالي هذا .

ولفظ الضمان هنا ، كهو في قوله : ألق متاعك في البحر وعلي ضمانه . والمراد به الالتزام دون الضمان المشهور . ولو التمس الطلاق على أنه بريء ، وضمن الدرك ، فقال الزوج في جوابه : إن برئت من صداقها ، فهي طالق ، لم تطلق لأن الصفة المعلق عليها لم توجد .

الباب الخامس
في الاختلاف

فيه مسائل .

الأولى : قالت : خالعني على كذا ، فأنكر الزوج ، صدق بيمينه . ولو كان له زوجتان تسميان باسم واحد ، فقال : خالعت فلانة بكذا ، فقبلت إحداهما ، فقال الزوج : أردت الأخرى ، وقالت القائلة : بل أردتني ، فهو المصدق ولا فرقة .

ولو قال : طلقتك بألف ، فقالت : بلا عوض ، صدقت بيمينها في نفي العوض ، ولا يقبل قوله في سقوط سكناها ونفقتها ، وتحصل البينونة بقوله[١] .

ولو قال : خالعتك بالعوض الذي سألت ، فأنكرت أصل السؤال ، فكذلك الحكم .

وإن قالت : طلقتني بعد طول الفصل ، وقال : بل في الحال ، فهي المصدقة في نفي المال أيضاً . ولو قال : طلقتك بعد طول الفصل ولم تقبلي فلي الرجعة ، وقالت : بل طلقتني متصلاً بسؤالي ، فلا رجعة لك ، فالمصدق الزوج .

الثانية : اتفقا على الخلع واختلفا في جنس العوض أو قدره أو صفته في الصحة والتكسر والأجل ، ولا بينة ، تحالفا وحصلت البينونة ، وإنما أثر التحالف في العوض . والقول في أنه هل تنفسخ التسمية ، أم تفسخ إن أصرّا على النزاع ، وفي كيفية اليمين ومن يبدأ به على ما تقدّم في البيع وفي الرجوع بعد الفسخ أو الانفساخ إلى مهر [المثل][٢] كتحالفهما في الصداق ؟ وقيل : يرجع بأقل الأمرين من مهر المثل وما ادعاه . وقيل : بأكثر الأمرين من مهر المثل والمسمى الذي ادعته ، والصحيح الأول . ولو أقام كل واحد بينة بدعواه ، فهل تتساقطان ، أم يقرع ؟ قولان

(١) صورة المسألة أن يقول طلقتك بألف وقبلت أو بألف عليك ، وقول الشيخ في سقوط سكناها كذا وقع في الشرحين .
قال في الخادم : وكأنه سبق قلم وصوابه وكسوتها فإن السكنى تجب للمختلعة واقترانه بالنفقة يدل عليه . ثم قال : وحذف المسألة من أصلها من الروضة وكأنه وقعت له نسخة فيها سقط وإلا فمعظم النسخ فيها ذلك ، ومراد الشيخين في غير الحامل أما المختلعة الحامل فلها الكسوة والنفقة مع السكنى ولا خفاء أنه لا يرثها إذا ماتت في العدة .
قال الشيخ البلقيني : هل يقبل قوله في سقوط ميراثها لو مات في العدة ، وقد كتبت عليه ورقات ينبغي أن ينظر .
وقال في الخادم : قضية إعمالهم تصديقها أنها ترث كما يجب لها النفقة إذا لم تكن حاملاً إجراء لحكم الرجعية ، ولو أراد أن يتزوج أختها أو أربعاً سواها جاز ولا يتخرج على هذا الخلاف فيما إذا قال : أخبرتني بانقضاء عدة الطلاق الرجعي فأنكرت لأنه هناك نسب الأخبار إليها أي فطرقها الخلاف وها هنا اعترف بالبينونة . انتهى .
واعترافه بالبينونة موجود في الصورتين .

(٢) سقط في « ط » .

حكاهما الحناطي . وعلى التقديرين ، هل يحلف ؟ وجهان . وعن ابن سريج ، أنه يعمل بأكثر البينتين .

قلت : الأظهر ، أنهما يسقطان ولا ترجيح بالكثرة . والله أعلم .

ولو خالع أجنبياً واختلفا ، تحالفا وعلى الأجنبي مهر المثل .

الثالثة : سبق أنه لو خالعها على ألف درهم ، وفي البلد نقد غالب نزل عليه فلو لم يكن ، بطلت التسمية ووجب مهر المثل ، فإن نويا نوعاً ، فالصحيح الاكتفاء بالنية ولزوم ذلك النوع . وقيل : تفسد التسمية ويجب مهر المثل كنظيره في البيع ، والفرق أنه يحتمل هنا ما لا يحتمل في البيع . ولو قالت : خالعنك على ألف ولم يذكر جنساً ، فالصحيح أنه كإبهام النوع ، فإن نويا جنساً ، تعيّن . وقيل : يتعين هنا مهر المثل لكثرة الاختلاف في الأجناس . ولو قال : خالعتك على ألف شيء فقبلت ، ونويا شيئاً معيناً ، قال القاضي حسين : التسمية فاسدة لشدة الإجمال ، فيرجع إلى مهر المثل ، ويمكن أن ينازعه غيره . ثم قال الشيخ أبو محمد : إنما يؤثر التعيين بالنية إذا تواطآ قبل العقد على ما يقصدانه ولا أثر للتوافق بلا مواطأة ، ولم يعتبر آخرون ذلك ، بل اعتبروا مجرد التوافق .

قلت : هذا الثاني ، هو الأصح . وقول الشيخ أبو محمد هنا ضعيف . والله أعلم .

وإذا عرفت هذه المقدمة ، فلو تخالعا بألف درهم وأطلقا ، فقال الزوج : أردنا بالدراهم النقرة ، فقالت : بل أردنا بها الفلوس أو على ألف ، فقال : أردنا الدنانير أو الدراهم فقالت : أردنا الفلوس ، فالصحيح أنهما يتحالفان . وقيل : يجب مهر المثل بلا تحالف .

فلو توافقا على أنه أراد النقرة ، وادعت أنها أرادت الفلوس وقال : بل أردت النقرة أيضاً ، حصلت البينونة لانتظام الصيغة ، ومؤاخذة لها ، وتصدق هي بيمينها . فإذا حلفت ، فلا شيء عليها ، لأنها نفت بيمينها النقرة ، ونفى هو الفلوس[1] .

---

(١) قال الشيخ جلال الدين البلقيني : معنى قوله وأطلقا أي والحال أن النقود لا غلبة لبعضها فلم يعينا نوعاً =

ولو توافقا أنها أرادت الفلوس ، وقال هو : أنا أردت النقرة ، ولا فرقة للمخالفة ، فقالت : بل أردت الفلوس أيضاً وبنت منك ، حصلت البينونة ظاهراً لاتفاق اللفظين . وهل للزوج مهر المثل ؟ وجهان ، قال القاضي حسين : نعم للبينونة ظاهراً ، والذي اختاره الغزالي : لا ، لانكاره البينونة وعوضها .

قلت : هذا الثاني هو الأصح ، واختاره أيضاً الإمام . قال الإمام : فإن قيل : لو صدقها بعد ذلك في اتفاق النية ، قلنا : إذ ذاك يطالبها بالمسمى المعين لا بمهر المثل . والله أعلم .

وفي معنى هذه الصورة ما إذا اتفقا على أنه أراد الدراهم ، وزعم أنها أرادت الفلوس ، ولا فرقة ، فقالت : أردت الدراهم وبنت ، فالفرقة حاصلة ، ويعود الوجهان في ثبوت شيء للزوج ، وبالثبوت قطع البغوي ، وقال : لا تحصل الفرقة باطناً إن كان صادقاً . ولو قال : أردت النقرة ولم يتعرض لجانبها ، وقالت : أردت

= بل أطلقا الكلام فذلك هو محل النية فإذا اختلفا حينئذ في النية جاء ما ذكر أما إذا كان في البلد نقد غالب فالاطلاق ينزل عليه ولا مجال للإرادة ولا يخالف . انتهى .

وقال الشيخ البلقيني قوله فإذا حلف فلا شيء عليها ممنوع بل التحقيق أنه يجب عليها ألف من النقد الغالب لتوافقهما على التلفظ بالدراهم ، ودعوى الزوجة أنها أرادت الفلوس لا تقبل في دفع الظاهر وحينئذ فيكون القول قول الزوج وتحلفه على نفي العلم إذا ادعت أنه يعلم أنها أرادت ذلك ، وأما إن كان الاختلاف كذلك في صورة ألف فقال الزوج أرادت من الدراهم النقرة ووافقته هي على إرادته وقالت هي : أردت الفلوس فقال : بل أردت النقرة فهاهنا الزوجة مدعية فساد هذا الذي صدر على إرادته باطل والزوج مدع صحته فيطرق ذلك الخلاف في دعوى الصحة والفساد ولا يتعد أن يأتي ذلك في الارادة كما في صورة بيع ذراع من أرض ويقول البائع عنيت التعيين فالبيع باطل ويقول المشتري : بل عنيت الاشاعة وإن كان الأرجح هناك أن المصدق البائع لأن العيانة لا يطلع عليها إلا من جهته فيمكن أن يقال هنا بمثله ليجري الخلاف .

ثم إذا قلنا القول قول الزوج لدعواه الصحة فلا يلزمها بألف ثم بقوله بل يتحالفان وتكون كالصورة ، وينبغي أن يرجح أن القول قول مدعي الصحة لأمرين :

أحدهما : أنه لو قلنا إن القول قولها لزم أن تبين من الزوج بلا مقابل بخلاف ما إذا قلنا بقول البائع هناك فإنه لا يضيع على المشتري شيء مما بذله بل يعود إليه .

الأمر الثاني : أن دعوى الصحة هناك إذا صدقنا مدعيها ألزمنا البائع بما يقوله وهنا إذا قلنا القول قول مدعي الصحة فلا يكون للزوجة بما يقوله من الدراهم بل يتحالفان وترجع إلى مهر المثل وإذا جرينا على مقتضى ما قالوه فهذه المسألة مما يصدق فيها مدعي الفساد جزماً ووجهه أن البينونة تحصل بقول الزوج فصار كما لو قال خالعتك فقالت : لم يخالعني .

الفلوس ولم تتعرض لجانبه ، حصلت الفرقة . ثم عن القاضي حسين أنهما يتحالفان . وفي « البسيط » أن الوجه وجوب مهر المثل ، لأنه لا يدعي عليها معيناً حتى تحلف .

قلت : الأصح ، وجوب مهر المثل بلا تحالف . وقد نقل الإمام الاتفاق عليه ، وجعل مخالفة القاضي في التحالف في غير هذه الصورة . والله أعلم .

ولو قال أحد المتخالعين : أطلقنا الدراهم . وقال الآخر : عينا نوعاً تحالفا .

الرابعة : قالت : سألتك ثلاث تطليقات بألف فأجبتني ، فقال : بل سألت واحدة بألف فأجبتك ، فالألف متفق عليه ، لكن اختلفا في المعوض فيتحالفان ، فإذا تحالفا ، فعليها مهر المثل . والقول في عدد الطلاق الواقع قوله بيمينه . قال الحناطي : ولو أقام كل واحد بينة على قوله ، فإن اتفق تاريخ البينتين ، تحالفا وإلا فالأسبق تاريخاً مقدمة . ولو قال : طلقتك وحدك بألف ، فقالت : بل طلقتني وضرتي ، تحالفا وعليها مهر المثل . ولو قالت : سألتك واحدة بألف ، فأجبتني فقال : بل طلقتك ثلاثاً بألف ، وقع الثلاث ووجب الألف ، ولا معنى لهذا الاختلاف . ولو قالت : سألتك ثلاثاً بألف فطلقتني طلقة ، فلك الثلث فقال : بل ثلاثاً فلي الألف ، فإن لم يطل الفصل ، طلقت ثلاثاً ولزمها الألف ، وإن طال ولم يمكن جعله جواباً ، طلقت ثلاثاً بإقراره وتحالفا للعوض ، وعليها مهر المثل ، هكذا نص عليه في رواية الربيع . وفيما نقله أبو بكر الفارسي في « عيون المسائل » واختلف الأصحاب ، فأخذت طائفة بالنص ، وقال البغوي : يتحالفان وله مهر المثل ، ولم يفرق بين طول الفصل وعدمه . وقال آخرون : النص مشكل في حالتي الاتصال والانفصال . قال الإمام : ينبغي أن يقال في حالة الاتصال ، إن قال الزوج : ما طلقتك من قبل ، والآن أطلقك ثلاثاً على ألف ، تقع الثلاث ويجب الألف ، لأن الوقت وقت الجواب . وإن قال : طلقتك من قبل ثلاثاً تعذر ، جعل هذا إنشاءً ، لأنها بانت قبله ، فيقع الثلاث بإقراره ، ولا يلزمها إلا ثلث الألف كما لو قال : إن رددت أعبدي الثلاثة ، فلك الألف ، فقال : رددتهم وقال : ما رددت إلا واحداً . وأما في حال الانفصال ، فيحكم بوقوع الثلاث بإقراره وعليها ثلث الألف ، ولا معنى للتحالف ، لأن التحالف عند الاختلاف في صفة العقد أو العوض ، وهما

هنا متفقان على أن المسؤول ثلاث ، وأن العوض ألف ، وللزوج أن يحلفها على نفي العلم أنه ما طلقها ثلاثاً ، وهذا صحيح وليتأول النص عليه بحسب الإمكان .

فرع : قال الحناطي : قالت : طلقتني ثلاثاً بألف فقال : بل طلقتك واحدة بألفين وأقام كل واحد بينة بقوله ، واتفقا أنه لم يطلق إلا مرة ، تحالفا وله مهر المثل .

الخامسة : تخالعا بألف فطالبها به ، فقالت : ضمنه زيد ، لم ينفعها هذا الجواب لأن الضمان لا يقطع الطلب عنها ، وكذا لو قالت : قبلت الخلع على أن يزن زيد عني الألف ، وهي في الصورتين مقرة بالألف . ولو قالت : قبلت الخلع بألف لي في ذمة زيد ، ففيه خلاف مبني على بيع الدين ، وحاصله أربعة أوجه . أصحها : التحالف بناء على صحة بيع الدين ، والثاني : يجب مهر المثل بلا تحالف ، بناء على منعه ، والثالث : تصدق هي بيمينها ، والرابع : هو بيمينه ، نقلهما المتولي بناء على منعه ، وهما الوجهان في الاختلاف في صحة العقد وفساده .

فرع : قال : خالعتك ، فقالت : اختلعني أجنبي لنفسه بماله ، بانت باعترافه ولا شيء عليها ، ولا على الأجنبي . ولو قالت : اختلعت بوكالة زيد وأضفت إليه ، فهل يتحالفان أم تصدق هي أم هو؟ فيه أوجه ، أصحها : الأول . ولو قالت : لم أضف ولكن نويت الاختلاع لزيد ، فإن قلنا : تتوجه المطالبة على الوكيل ، لم ينقطع طلب الزوج بقولها ، وكذا لو أنكر أصل الوكالة . وإن قلنا : لا يطالب ، فهل يتحالفان ، أم تصدق هي ، أم هو؟ فيه الأوجه .

السادسة : طلقها بألف ، وأرضعت بنتها زوجة أخرى له صغيرة واختلف المتخالعان ، فقال الزوج : سبق الخلع فعليك المال ، وقالت : بل سبق الإرضاع ، فانفسخ النكاح والخلع لغو ، نظر إن اتفقا على جريان الإرضاع يوم الجمعة مثلاً وادعى تقدم الخلع ، وادعت تأخره ، فالقول قولها بيمينها ، وإن اتفقا على جريان الخلع يوم الجمعة ، وادعى تأخر الإرضاع ، وادعت تقدمه ، فالقول قوله بيمينه ، لأن الأصل استمرار النكاح ، ولأن اشتغالهما بالخلع يدل ظاهراً على بقاء النكاح ، كما لو تخالعا ، ثم ادعت أنه طلقها قبل الخلع ثلاثاً ، أو ادعت إقراره بفساد النكاح فأنكر ، فإنه يصدق بيمينه وتستمر صحة الخلع .

السابعة : تخالعا ثم قال هو : كنت مكرهة ، فلي الرجعة فأنكرت الإكراه ، لم يقبل قوله في الظاهر ، وعليه رد المال لاعترافه . ولو ادعت الإكراه ، فأنكر ، صُدِّق بيمينه ، ولزمها المال . فلو أقامت بينة بالإكراه ، لزمه رد المال ولا رجعة لاعترافه بالبينونة ، فلو لم يصرح بالإنكار ، أو سكت ، أو كانت الخصومة مع وكيله ، فله الرجعة ، إذ أقامت البينة .

فصل في مسائل منثورة تتعلق بالخلع : ليس له خلع زوجة ولده الطفل ، والخلع على غير الصداق قبل قبضه ، لا يسقط حقها منه ، وبعد قبضه وقبل الدخول لا يسقط حق الزوج من نصفه عندنا . ولو خالع حاملاً بنفقة عدتها ، بانت بمهر المثل . وفي « فتاوى القفال » : لو خالعها بمهرها بعد أن أبرأته منه ، فإن جهلت الحال ، فهل يلزمها مهر المثل أم بدل المسمى ؟ فيه القولان . وإن علمت ، نظر إن جرى بلفظ الطلاق ، كقوله : طلقتك على صداقك ، فهل يقع بائناً ويعود الخلاف فيما يلزمها ، أم يقع رجعياً ؟ وجهان . وإن جرى بلفظ الخلع ، فإن أوجبنا المال في لفظ الطلاق ، فهنا أولى ، وإلا ، فوجهان بناء على أن لفظ الخلع هل يقتضي ثبوت مال ؟ وفي فتاوى القاضي حسين ، أنه لو خالعها على مالها في ذمته وعلى ألف آخر في ذمتها ، وعلى أن ينفق على ولده كل يوم كذا إلى مدة كذا ، فهو فاسد لشرط الإنفاق ، وتبين بمهر المثل . وأنه لو خالعها بألف وعلى حضانة ولده الصغير سنة ، فتزوجت في أثناء السنة ، لم يكن للزوج انتزاع الولد منها بتزوجها ، لأن الإجارة عقد لازم ، وأنها لو قالت : إن طلقتني أبرأتك عن الصداق ، أو فأنت بريء منه فطلق ، لا يحصل الإبراء ، لأن تعليقه باطل ويلزمها مهر المثل، لأنه لم يطلق مجاناً . فلو قالت : أبرأتك عن صداقي فطلقني ، برىء الزوج وله الخيار ، إن شاء طلق ، وإن شاء لم يطلق . وفي فتاوى البغوي ، لو خالعها على ثوب هروي وقبلت ، ثم أعطته مروياً فرضيه وأراد إمساكه ، ينظر إن وصفه بالصفات المعتبرة بني على جواز أخذ الزبيب الأبيض عن الأسود . إن جوزنا فكذا هنا ، وإلا فلا يجوز الإمساك هنا بلا معاقدة . فإن تعاقدا ، فقالت : جعلته بدلاً عما عليّ وقبله الزوج ، بني على أن الصداق مضمون ضمان اليد ، أم العقد ، إن قلنا بالأول ، جاز ، أو بالثاني ، فقولان كالاستبدال عن الثمن في الذمة . وإن لم يصفه ، فالواجب مهر المثل ، فلا يجوز إمساكه إلا بمعاقدة ، وأنها لو قالت : اختلعت نفسي بالصداق

الذي في ذمتك وأنكر وحلف ، فلا رجوع لها عليه بالصداق ، ولو كان له على رجل دين ، فقال : اشتريت منك دارك به وقبضته وأنكر الرجل ، يجوز له المطالبة بالدين ، والفرق أن الخلع يقتضي اليأس من الصداق وسقوطه بالكلية ، لأن ذمة الزوج إذا برئت منه لا يتصور اشتغالها به . وفي صورة البيع لا يحصل اليأس عن الدين ، لاحتمال تلف الدار قبل القبض ، أو خروجها مستحقة ، أو ردها بعيب[1] ، وإن الزوج لو قال : خالعتك وأنكرت وحلفت ثم وطئها ، فعليه الحدّ في الظاهر ، ولا حد عليها ، لأنها تزعم أنها في نكاحه . وأما [في][2] الباطن ، فإن صدق ، حد ، وإن كذب ، فلا . وقيل : دعواه تكون طلاقاً ظاهراً وباطنا ، فعليهما الحد ، وأنها لو قالت : اختلعت بثلاث طلقات على ما لي عليك من الحق ، فقال : خالعتك بطلقة ، وقعت طلقة بمهر المثل ، ويحتمل أن يجب ثلث مهر المثل .

فرع[3] : **لابن الحداد** : قال : أنت طالق اثنتين ، إحداهما بألف ، فالمقابلة بالألف لا تقع إلا بقبولها . وفي الأخرى وجهان . أحدهما وبه قال ابن الحداد : لا يقع إلا بالقبول ، لأنه علق الطلقتين بالقبول ، ولأنها تابعة للأخرى ، وأصحهما عند الشيخ أبي علي : يقع بلا قبول لخلوها عن العوض ، ولأنه لو قال : أنت طالق طلقتين ، إحداهما بألف ، والأخرى بغير شيء وقعت الواحدة بلا قبول ، فكذا هذا . قال الإمام : ولا يبعد طرد الوجهين هنا ، فإن قلنا بالأول ، فإذا قبلت ، وقعت الطلقتان ولزمها الألف . وهل الألف في مقابلة إحداهما فقط ، أم في مقابلتهما معاً وإحداهما تابعة ؟ فيه احتمالان ذكرا ووجه .

الثاني : أنه لو اختص المال بإحداهما ، لما توقفت الأخرى على القبول ، ولا قرنت طلقتان بائنة ورجعية ، وذلك بعيد . وإن قلنا بالوجه الثاني ، فإن كانت غير مدخول بها ، وقعت الواحدة عند تمام لفظه وبانت ، فلا تقع الأخرى ، ولو قبلت .

---

(١) قيل هذا مخالف لما قدمه أنه لو تخالعا ثم قال : كنتِ مكرهةً فلي الرجعة فأنكرت الإكراه لم يقبل قوله في الظاهر وعليه رد المال لاعترافه .

(٢) سقط في « ط » .

(٣) في « ط » فصل .

وإن كانت مدخولاً بها، فالواقعة رجعية، فإذا قبلت، فهو مخالعة وفيها القولان. فإن جوزناها، وقعت الثانية بالألف، وإلا، ففيه احتمالان للشيخ أبي علي. أحدهما: لا يقع الطلاق لأنه إنما وقع بشرط قبولها، وإذا لم يلزم المال، فلا معنى للقبول، وأصحهما: يقع وإن لم يلزم بمخالعة المحجور عليها. وبالله التوفيق.

انتهى الجزء الخامس
ويليه إن شاء الله الجزء السادس وأوله:
« كتاب الطلاق »

فهرس الجزء الخامس من روضة الطالبين

كتاب الفرائض

كتاب الوصايا

كتاب الوديعة

كتاب قسم الفيء والغنيمة

كتاب النكاح

كتاب الصداق

كتاب عشرة النساء والقسم والشقاق

كتاب الخلع